

**Konstituierungsbezogene  
Rechtsbehelfe  
im schiedsrichterlichen Verfahren  
nach der ZPO**

**Thomas Henkel  
Rechtsanwalt**

Dissertation

**Konstituierungsbezogene Rechtsbehelfe  
im schiedsrichterlichen Verfahren nach der ZPO**

Zur Erlangung des akademischen Grades Dr. iur.

vorgelegt der Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin von

Thomas Henkel

19. August 1974, Bergen

Präsident der Humboldt-Universität zu Berlin: Prof. Dr. Christoph Marksches

Dekan der Juristischen Fakultät: Prof. Dr. Dr. h.c. Ingolf Pernice

Gutachter: 1. Prof. Dr. Christoph G. Paulus LL.M.

2. Prof. Dr. Rainer Schröder

Eingereicht am: 28. März 2006

Tag der Disputation: 08. Mai 2007

»Nie«, sagte sein Onkel und begann, die weißen und die schwarzen Figuren zu sortieren, während er, Charles, schon nach der Schachtel griff, die auf dem unteren Brett des Rauchtischchens stand, »hättest du sie beide nehmen können, ohne zwei Züge zu machen. Und ein Springer kann zwei Felder auf einmal nehmen, und sogar in zwei Richtungen auf einmal vorgehen. Aber er kann nicht zweimal ziehen«, und schob die schwarzen Figuren übers Brett, zu ihm hinüber. »Ich nehme diesmal die weißen, und du kannst es probieren.«

William Faulkner, Der Springer greift an.

## **Vorwort**

Verfahrensrecht ist juristisch reizvoll. Dies gilt insbesondere dann, wenn es gelingt, schwierige praktische Fragestellungen und Konstellationen mit folgendem Ziel aufzuarbeiten: die verfahrensrechtliche Leichtigkeit für die am besten geeignete Lösung der im Zentrum einer jeden Rechtsstreitigkeit stehenden materiellrechtlichen Fragen zu schaffen. Ich hoffe, die vorliegende Arbeit erfüllt diesen Anspruch auch für den Praktiker, der im Zusammenhang mit der Konstituierung von Schiedsgerichten Rechtsbehelfsmöglichkeiten erwägt.

Mein erster Dank gilt meinem Doktorvater Prof. Dr. Christoph G. Paulus für den frühen Rat zur Befassung mit dem Prozeßrecht und die spätere Ermunterung, neben der liebgewonnenen Praxis die Wissenschaft nicht zu vergessen. Prof. Dr. Rainer Schröder bin ich für das Zweitgutachten dankbar.

Rechtsanwalt und Notar Jens-Peter Lachmann danke ich für die Förderung durch unschätzbar wertvolle Einblicke in die Praxis und Theorie der Schiedsgerichtsbarkeit. Für die fortgesetzte lehrreiche Zusammenarbeit, die mir seit ihrem Beginn eine ganz besondere Freude ist, danke ich Rechtsanwalt und Notar Dr. Hubertus Welsch. Kristina Zych, LL.M. danke ich in geschätzter Verbundenheit, und nicht zuletzt bin ich der Kanzlei Büsing, Müffelman & Theye für die Geduld und organisatorische Unterstützung dankbar.

Insbesondere die nach Einreichung der Arbeit bis April 2007 veröffentlichte Rechtsprechung ist nachgetragen.

Berlin, im März 2006/April 2007

Thomas Henkel

---

# Inhaltsübersicht

Vorwort .....	III
Inhaltsübersicht .....	V
Inhaltsverzeichnis .....	VI
Einleitung .....	1
Kapitel 1      Konstituierungsgrundsätze .....	4
A    Verfahrensherrschaft der Parteien .....	5
B    Schiedsgerichtliche Verfahrensgrundsätze .....	12
Kapitel 2      Begriffe der Konstituierung .....	15
A    Prozessuale Etappen .....	15
B    Überblick über Rechtsbehelfe .....	43
Kapitel 3      Konstituierungshindernisse .....	48
A    Schiedsrichterbezogene Verbote .....	48
B    Schiedsgerichtsbezogenes Verbot eines Konstituierungsübergewichts .....	65
C    Faktische Hindernisse .....	78
D    Verbotene Verfahrensregelungen .....	80
Kapitel 4      Bestellungskriterien .....	83
A    Gesetzlicher Maßstab .....	84
B    Parteivereinbarter Maßstab .....	106
C    Verfahrensrechtliche Absicherung .....	108
Kapitel 5      Konstruktive konstituierungsbezogene Rechtsbehelfe .....	119
A    Parteivereinbarte Ersatzbestellungsverfahren .....	119
B    Ersatzbestellungsverfahren nach § 1035 Abs. 3 oder Abs. 4 ZPO .....	121
C    Nachbestellungsverfahren nach § 1039 Abs. 1 ZPO .....	147
D    Ersatz-Nachbestellungsverfahren nach § 1039 Abs. 1 ZPO .....	151
Kapitel 6      Rechtsbehelfe bei Konstituierungshindernissen .....	154
A    Beendigungsverfahren nach § 1038 Abs. 1 ZPO .....	154
B    Ersetzungsverfahren nach § 1034 Abs. 2 ZPO .....	165
Kapitel 7      Rechtsbehelfe bei Verstößen gegen Bestellungskriterien .....	174
A    Parteivereinbarte Ablehnungsverfahren .....	176
B    Schiedsgerichtliches Ablehnungsverfahren nach § 1037 Abs. 2 ZPO .....	178
C    Ablehnungsverfahren nach § 1037 Abs. 3 ZPO .....	199
Kapitel 8      Rechtsbehelfe nach Erlass eines Schiedsspruchs .....	207
A    Aufhebungsverfahren nach § 1059 ZPO .....	207
B    Vollstreckbarerklärungsverfahren nach §§ 1060 f. ZPO .....	221
Zusammenfassung .....	225
Abkürzungsverzeichnis .....	231
Literaturverzeichnis .....	233
Entscheidungsübersicht .....	239
Stichwortverzeichnis .....	245

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	III
Inhaltsübersicht .....	V
Inhaltsverzeichnis .....	VI
Einleitung .....	1
Kapitel 1      Konstituierungsgrundsätze .....	4
A    Verfahrensherrschaft der Parteien .....	5
I.    Personelle Verfahrensherrschaft .....	5
1.    Verzicht auf den gesetzlichen Richter .....	5
2.    Fortbestehende Dispositionsbefugnis .....	7
II.    Verfahrensrechtliche Verfahrensherrschaft .....	8
1.    Allgemeine Grundsätze .....	9
2.    Sperrwirkung des § 1026 ZPO .....	10
B    Schiedsgerichtliche Verfahrensgrundsätze .....	12
I.    Gebot der Gleichbehandlung der Parteien .....	13
II.    Gebot der Gewährung rechtlichen Gehörs .....	13
III.    Gebot der Zulassung von Rechtsanwälten .....	14
Kapitel 2      Begriffe der Konstituierung .....	15
A    Prozessuale Etappen .....	15
I.    Schiedsrichterbezogene Etappen .....	17
1.    Bestellung des Schiedsrichters .....	17
a)    Grundfragen .....	18
b)    Bestellungskompetenz .....	18
c)    Bindungswirkung ohne Mitwirkung des zu Bestellenden .....	24
d)    Definition .....	27
2.    Bestellung in Abgrenzung zu Benennung / Ernennung .....	27
a)    Benennung .....	28
b)    Ernennung .....	29
3.    Beendigung des Schiedsrichteramts .....	30
II.    Schiedsgerichtsbezogene Etappen .....	31
1.    Bildung des Schiedsgerichts .....	32
2.    Zusammensetzung des Schiedsgerichts .....	32
3.    Beendigung des Amts des Schiedsgerichts .....	36
a)    Vorbehalt der Kostenentscheidung .....	37
b)    Vorbehalt der Berichtigung, Auslegung und Ergänzung .....	38
c)    Vorbehalt der Zurückverweisung .....	40
d)    Ergebnis .....	40
III.    Zusammenfassung .....	42
B    Überblick über Rechtsbehelfe .....	43
I.    Gerichtliche Rechtsbehelfe .....	43
1.    Konstruktive konstituierungsbezogene Rechtsbehelfe .....	43
2.    Destruktive konstituierungsbezogene Rechtsbehelfe .....	45
3.    Sonderfall des § 1034 Abs. 2 ZPO .....	45
4.    Rechtsbehelfe nach dem Schiedsspruch .....	45
II.    Nichtgerichtliche Rechtsbehelfe .....	46
1.    Gesetzlich geregelte Rechtsbehelfe .....	47
2.    Nicht gesetzlich geregelte Rechtsbehelfe .....	47
Kapitel 3      Konstituierungshindernisse .....	48
A    Schiedsrichterbezogene Verbote .....	48

I.	Fallgruppen.....	49
1.	Verbot des Schiedsrichters in eigener Sache.....	49
2.	Verbot eingeschränkt geschäftsfähiger Schiedsrichtertätigkeit.....	52
3.	Verbot juristischer Personen oder Behörden als Schiedsrichter.....	53
4.	Strafrechtliche Verbote .....	53
5.	Dienstrechtliche Beschränkungen.....	55
II.	Rechtsfolgen.....	59
B	Schiedsgerichtsbezogenes Verbot eines Konstituierungsübergewichts .....	65
I.	Tatbestandsvoraussetzungen gemäß § 1034 Abs. 2 ZPO .....	65
II.	Fallgruppen.....	69
1.	Quantitatives Konstituierungsübergewicht .....	69
2.	Qualitatives Konstituierungsübergewicht .....	70
3.	Subsidiäres Übergewicht .....	71
III.	Rechtsfolgen.....	77
C	Faktische Hindernisse .....	78
D	Verbotene Verfahrensregelungen.....	80
Kapitel 4	Bestellungskriterien .....	83
A	Gesetzlicher Maßstab .....	84
I.	Unparteilichkeit und Unabhängigkeit.....	84
1.	Generalklausel .....	84
2.	Fehlen von Befangenheitsgründen.....	86
a)	Allgemeine Wertungen .....	86
b)	IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration .....	88
II.	Gleicher gesetzlicher Maßstab für alle Schiedsrichter .....	94
1.	Uneingeschränkte Neutralität des Vorsitzenden .....	95
2.	Parteilichkeit beisitzender Schiedsrichter als Vorteil? .....	95
3.	Abgemilderter Beurteilungsmaßstab für beisitzende Schiedsrichter? .....	100
III.	Behandlung von Ausschlussgründen.....	103
B	Parteivereinbarter Maßstab .....	106
C	Verfahrensrechtliche Absicherung.....	108
I.	Schiedsrichterliche Offenbarungspflicht .....	108
1.	Begriff und Zweck.....	108
2.	Offenbarungspflichtige Personen .....	110
3.	Umfang.....	111
4.	Adressat der Offenbarung.....	114
5.	Fristbindung und Ende der Offenbarungspflicht sowie Form der Offenbarung .....	115
6.	Rechtsfolgen bei Verstoß .....	117
II.	Unabdingbares Ablehnungsrecht.....	118
Kapitel 5	Konstruktive konstituierungsbezogene Rechtsbehelfe.....	119
A	Parteivereinbarte Ersatzbestellungsverfahren .....	119
B	Ersatzbestellungsverfahren nach § 1035 Abs. 3 oder Abs. 4 ZPO .....	121
I.	Verfahrensfragen .....	121
1.	Statthaftigkeit.....	121
2.	Zuständiges Gericht.....	123
3.	Antrag .....	125
4.	Zeitliche Grenzen .....	127
5.	Prüfungsumfang .....	130
6.	Verfahren .....	131
7.	Darlegungs- und Beweislast .....	133

II.	Entscheidung .....	134
1.	Beschluß .....	134
2.	Hauptsacheentscheidung .....	135
3.	Nebenentscheidungen .....	140
a)	Kostengrundentscheidung .....	141
b)	Streitwertbeschluß .....	143
III.	Kosten .....	144
C	Nachbestellungsverfahren nach § 1039 Abs. 1 ZPO .....	147
D	Ersatz-Nachbestellungsverfahren nach § 1039 Abs. 1 ZPO .....	151
I.	Gemeinsamkeiten mit dem Ersatzbestellungsverfahren .....	151
II.	Unterschiede zum Ersatzbestellungsverfahren .....	151
Kapitel 6	Rechtsbehelfe bei Konstituierungshindernissen .....	154
A	Beendungsverfahren nach § 1038 Abs. 1 ZPO .....	154
I.	Verfahrensfragen .....	155
1.	Statthaftigkeit .....	156
2.	Antrag .....	160
3.	Zeitliche Grenzen .....	160
II.	Entscheidung .....	161
III.	Kosten .....	164
B	Ersetzungsverfahren nach § 1034 Abs. 2 ZPO .....	165
I.	Verfahrensfragen .....	165
1.	Statthaftigkeit .....	166
2.	Antrag .....	166
3.	Zeitliche Grenzen .....	168
4.	Prüfungsumfang .....	170
5.	Darlegungs- und Beweislast .....	171
II.	Entscheidung .....	171
III.	Kosten .....	173
Kapitel 7	Rechtsbehelfe bei Verstößen gegen Bestellungskriterien .....	174
A	Parteivereinbarte Ablehnungsverfahren .....	176
B	Schiedsgerichtliches Ablehnungsverfahren nach § 1037 Abs. 2 ZPO .....	178
I.	Verfahrensfragen .....	178
1.	Statthaftigkeit .....	178
2.	Verfahrenseinleitung .....	180
3.	Zeitliche Grenzen .....	180
4.	Verfahren .....	189
5.	Darlegungs- und Beweislast .....	194
II.	Entscheidung .....	195
C	Ablehnungsverfahren nach § 1037 Abs. 3 ZPO .....	199
I.	Verfahrensfragen .....	199
1.	Statthaftigkeit .....	200
2.	Antrag .....	200
3.	Zeitliche Grenzen .....	201
4.	Prüfungsumfang .....	202
5.	Verfahren .....	202
6.	Darlegungs- und Beweislast .....	204
II.	Entscheidung .....	205
III.	Kosten .....	206



Kapitel 8	Rechtsbehelfe nach Erlaß eines Schiedsspruchs .....	207
A	Aufhebungsverfahren nach § 1059 ZPO .....	207
I.	Aufhebungsgründe .....	207
1.	Aufhebungsgründe nach § 1059 Abs. 2 Nr. 1 ZPO.....	207
2.	Aufhebungsgründe nach § 1059 Abs. 2 Nr. 2 ZPO.....	210
3.	Außerordentlicher Aufhebungsgrund nach § 826 BGB .....	211
4.	Behandlung nachträglich bekannt gewordener konstituierungsbezogener Verfahrensverstöße .....	212
II.	Verfahrensfragen .....	216
1.	Statthaftigkeit.....	216
2.	Zuständiges Gericht .....	216
3.	Antrag .....	217
4.	Zeitliche Grenzen .....	217
5.	Prüfungsumfang .....	218
6.	Verfahren .....	218
7.	Darlegungs- und Beweislast .....	218
III.	Entscheidung .....	218
IV.	Kosten .....	219
B	Vollstreckbarerklärungsverfahren nach §§ 1060 f. ZPO .....	221
I.	Vollstreckbarerklärungsverfahren für inländische Schiedssprüche nach § 1060 ZPO .....	222
II.	Vollstreckbarerklärungsverfahren für ausländische Schiedssprüche nach § 1061 ZPO .....	223
	Zusammenfassung .....	225
	Abkürzungsverzeichnis .....	231
	Literaturverzeichnis .....	233
	Entscheidungsübersicht .....	239
	Stichwortverzeichnis .....	245

---

## Einleitung

Das schiedsrichterliche Verfahren des 10. Buches der ZPO hat in der Praxis der insbesondere wirtschaftsrechtlichen Streiterledigung einen festen Stellenwert.<sup>1</sup> Dieses Teilgebiet des Zivilprozeßrechts regelt eine private Gerichtsbarkeit. Anders als im System der staatlichen Gerichtsbarkeit stehen die Schiedsrichter vor Entstehen des Rechtsstreits regelmäßig nicht fest. Vielmehr wählen die Parteien die ihren Rechtsstreit verbindlich Entscheidenden erst konkret im Hinblick auf ihre Streitigkeit aus, wobei meist jede Partei eines klassischen Zwei-Parteien-Streits einen Schiedsrichter und der dritte Schiedsrichter gemeinsam oder durch einen neutralen Dritten bestimmt wird. Dieser konzeptionell bedeutende Unterschied zur staatlichen Gerichtsbarkeit wird zu Recht als wichtiger Vorteil des schiedsrichterlichen Verfahrens angesehen. Der Vorteil hat jedoch seinen verfahrensrechtlichen Preis: Bevor ein Schiedsgericht sich der Lösung des Rechtsstreits widmen kann, müssen als Schiedsrichter geeignete Personen gefunden und muß ihnen das Schiedsrichteramt übertragen werden. In aller Regel stellt dies keine Hürde für die Parteien dar. Allerdings drohen hier „Störungen“, die dem staatlichen Zivilprozeß unbekannt sind, oder jedenfalls nicht so auftreten: Wie ist zu verfahren, wenn eine Partei nicht daran mitwirkt, die Schiedsrichter auszuwählen? Wie ist darauf zu reagieren, wenn eine Partei bei dieser Auswahl mehr Einfluß beansprucht als die andere? Kann eine Partei ihren Anwalt zum Schiedsrichter bestimmen?

1

Antworten finden sich insbesondere im dritten Abschnitt des 10. Buchs der ZPO, §§ 1034 bis 1039 ZPO: In diesem Abschnitt sind verschiedene Rechtsbehelfe für personelle Konfliktsituationen eines schiedsrichterlichen Verfahrens geregelt. Diese Rechtsbehelfe sind verfahrensrechtlich besonders interessant, denn sie bilden eine Verzahnung zwischen staatlichem Zivilprozeß und privatem schiedsrichterlichem Verfahren, das kurz auch als Schiedsgerichtsverfahren bezeichnet wird. Daneben verwenden Literatur und insbesondere Rechtsprechung synonym den Begriff Schiedsverfahren, obwohl damit ebenso Verfahren bezeichnet werden, die gerade keine schiedsrichterlichen Verfahren im Sinne des 10. Buches der ZPO sind. Dies gilt zum Beispiel für das Schiedsverfahren vor der Schiedsstelle gemäß dem 5. Abschnitt des ArbNErfG, dessen Durchführung grundsätzlich Voraussetzung des gerichtlichen Verfahrens ist. In einer Entscheidung des *Bundesgerichtshofs*<sup>2</sup> tauchen Schiedsverfahren und Schiedsgerichtsverfahren synonym sogar einmal unmittelbar nebeneinander auf.

2

<sup>1</sup> Zur Bedeutung der Schiedsgerichtsbarkeit vgl. *Lachmann*, Effektivität des Rechtsschutzes vor den Schiedsgerichten und den staatlichen Gerichten, BRAK-Mitt. 2005, 217, 217; sowie *Lachmann*, Schiedsgerichtsbarkeit aus Sicht der Wirtschaft, AnwBl. 1999, 241 ff.

<sup>2</sup> BGH, Beschl. v 19.05.2004 – IXa ZB 181/03 (LG Hanau), BGH-Datenbank, vgl. die ersten beiden Sätze des 2. Absatzes unter II. 3. der Gründe. Der für das schiedsrichterliche Verfahren zuständige 3. Senat verwendet hingegen durchgängig den Begriff Schiedsverfahren.

Wird ein Synonym für den gesetzlich durchgängig vom 10. Buch der ZPO verwendeten, in manchen Formulierungen etwas umständlichen Begriff des schiedsrichterlichen Verfahrens gesucht, erscheint der Begriff Schiedsgerichtsverfahren gegenüber dem des Schiedsverfahrens vorzugswürdig, denn er betont deutlicher, daß es sich um ein privates Gerichtsverfahren handelt, das den staatlichen Rechtsweg ersetzt. Letztendlich ist den Beteiligten aber wohl immer klar, was gemeint ist: Selbst in § 227 Abs. 3 Nr. 8 ZPO heißt es im Hinblick auf insbesondere §§ 1060 f. ZPO und auch in § 17 Nr. 6 RVG für das schiedsrichterliche Verfahren nunmehr Schiedsverfahren.

- 3 Diese begriffliche Sicherheit durchzieht den Sprachgebrauch der Rechtsprechung, Literatur und Praxis der Schiedsgerichtsbarkeit bezüglich der Konstituierung,<sup>3</sup> also der Fragen im Zusammenhang mit der Bildung eines Schiedsgerichts, nicht. Hier liegt das erste Interesse der Arbeit: Nach einer kurzen Darstellung der Konstituierungsgrundsätze (Kapitel 1) werden die Begriffe und Etappen der Konstituierung vertieft untersucht (Kapitel 2). Im Anschluß daran werden Konstituierungshindernisse (Kapitel 3) und Bestellungskriterien (Kapitel 4) systematisiert. Sodann können – als zweiter Schwerpunkt der Arbeit – die einzelnen konstituierungsbezogenen Rechtsbehelfe verfahrensrechtlich analysiert werden: Begonnen wird mit den konstruktiven konstituierungsbezogenen Rechtsbehelfen (Kapitel 5). Es folgen die Rechtsbehelfe bei Konstituierungshindernissen (Kapitel 6) und bei Verstößen gegen Bestellungskriterien (Kapitel 7). Den Abschluß bilden die Rechtsbehelfe nach Erlaß eines Schiedsspruchs (Kapitel 8).
  
- 4 Eine vertiefte Untersuchung der Begriffe der Konstituierung lohnt. Es wird sich zeigen, daß „zwei Klassiker“ konstituierungsbezogener Probleme in einem anderen Licht erscheinen, nachdem die Begriffe der Konstituierung im Zusammenhang analysiert worden sind: Die erste Frage geht dahin, ob es im Hinblick auf § 1034 Abs. 2 ZPO zulässig ist, daß eine Partei eines schiedsrichterlichen Verfahrens dann für die andere Partei deren Schiedsrichter bestellen darf, wenn diese andere Partei nach der primären Parteivereinbarung nicht ordnungsgemäß, insbesondere nicht fristgemäß, an der Bestellung mitgewirkt hat. Deren Beantwortung hängt entscheidend vom Verständnis des in § 1034 Abs. 2 ZPO verwendeten Begriffs der Zusammensetzung des Schiedsgerichts ab. Die Regelung wird sich danach entgegen der wohl herrschenden Meinung als zulässig erweisen. Die zweite zu überdenkende Frage betrifft das Problem, ob die Ablehnung eines Schiedsrichters auch noch nach Erlaß eines Schiedsspruchs statthaft ist. Hier geht es um das Verständnis, wann ein Schiedsrichteramt gesetzlich endet. Im Regelfall geschieht dies gerade nicht mit dem Erlaß eines Schiedsspruchs, weshalb die de-

---

<sup>3</sup> Vgl. zu diesem Begriff Rdnr. 6.

strukturellen konstituierungsbezogenen Rechtsbehelfe trotz Erlasses eines Schiedsspruchs zulässig bleiben.

Auch eine Analyse der konstituierungsbezogenen Rechtsbehelfe im Zusammenhang hat Erkenntniswert. Es ist zu erwarten, daß die Fragen insbesondere im Zusammenhang mit der Ablehnung von Schiedsrichtern in Zukunft nicht nur mit zunehmender Häufigkeit, sondern auch gesteigerter Intensität geführt werden, da der Streit um den Richter – denkt man an die staatliche Gerichtsbarkeit – ein „beliebtes Terrain“ des Prozeßrechts darstellt.<sup>4</sup> Ziel der Arbeit ist es, alle konstituierungsbezogenen Rechtsbehelfe mit ihren jeweiligen Besonderheiten zu untersuchen und voneinander abzugrenzen. Damit soll die Arbeit einen Beitrag zum weiteren Gedeihen der Schiedsgerichtsbarkeit leisten.

5

---

<sup>4</sup> *Redfern/Hunter*, International Commercial Arbitration, S. 175 Fußnote 90, berichten bereits 1986 von einer Zunahme in ICC-Verfahren; nunmehr von *Schlabrendorff*, Internationaler Schiedsgerichtshof der Internationalen Handelskammer (ICC), SchiedsVZ 2003, 34, 35.

## Kapitel 1 Konstituierungsgrundsätze

- 6 Der Grundsatz der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie beherrscht das gesamte schiedsrichterliche Verfahren. Solange nicht unmittelbare Staatsinteressen berührt sind, hat der Staat grundsätzlich kein Interesse, die Beziehungen zwischen Privatpersonen einzuschränken. Die Parteien haben es deshalb umfassend in ihren Händen, ihr schiedsrichterliches Verfahren durch Rechtsgeschäft<sup>5</sup> selbst zu gestalten. Die Grenzen der Privatautonomie werden durch die Möglichkeiten staatlicher Kontrolle gezogen, die im Rahmen gerichtlicher Rechtsbehelfsverfahren gewisse „Rechtsprechungs-Mindeststandards“ wahren.<sup>6</sup> Dies gilt auch für den gesamten dritten Abschnitt des 10. Buches der ZPO (§§ 1034 bis 1039 ZPO), der mit „Bildung des Schiedsgerichts“ überschrieben ist. Für Bildung des Schiedsgerichts in diesem umfassenden Sinn steht im folgenden synonym Konstituierung. Die Wahl eines eigenständigen Begriffs ist deshalb erforderlich, weil es in § 1032 Abs. 2 ZPO heißt, daß „bei Gericht bis zur Bildung des Schiedsgerichts der Antrag auf Feststellung der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit des schiedsrichterlichen Verfahrens gestellt werden“ kann. Hier ist mit Bildung des Schiedsgerichts offenbar ein spezieller Verfahrenszeitpunkt gemeint. Zur Abgrenzung davon und zur sprachlichen Vereinfachung steht deshalb für Bildung des Schiedsgerichts im umfassenden Sinn der Überschrift des dritten Abschnitts des 10. Buches der ZPO der Begriff Konstituierung. Im 10. Buch der ZPO taucht dieser griffige Begriff zwar nicht auf, er ist jedoch in der Praxis verbreitet und wurde in der Regierungsbegründung des Gesetzentwurfes des Schiedsverfahrens-Neuregelungsgesetzes – SchiedsVfG häufig verwendet.<sup>7</sup> Konstituierung in diesem weiten Sinn umfaßt die Bestellung und gegebenenfalls Ersatzbestellung der Schiedsrichter, die Schiedsrichterablehnung und die sonstigen Möglichkeiten, ein Schiedsrichteramt zu beenden. Mit Konstituierung im engeren Sinne bezeichnet die Praxis auch die Phase nach der Bildung des Schiedsgerichts, wenn alle Schiedsrichter ernannt sind, sich zusammenfinden, kennenlernen, die Aufgaben verteilen, das weitere Verfahren koordinieren und den Schiedsrichtervertrag abschließen.<sup>8</sup>
- 7 Im folgenden geht es allerdings stets um die Konstituierung im weiten Sinn und zunächst um deren Grundsätze: Ausgangspunkt ist der Grundsatz der Verfahrensherrschaft der Parteien,

<sup>5</sup> Möglich ist es auch, durch letztwillige Verfügungen oder Satzungen Schiedsgerichte gemäß § 1066 ZPO anzuordnen, vgl. dazu z.B. *Geimer*, Nichtvertragliche Schiedsgerichte, in: FS Schlosser, S. 197 ff.; *Wegmann*, Die Schiedsgerichtsbarkeit in Nachlaßsachen, ZEV 2003, 20 ff.; *Kröll*, „Schiedsklauseln“ in Satzungen – zur Abgrenzung von Vereinsgericht und Schiedsgericht, ZIP 2005, 13 ff.

<sup>6</sup> Vgl. z.B. *Geimer*, in: Zöller, ZPO, 26. Aufl., vor § 1025 Rdnrn. 3 f.; *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnrn. 3 und 9; *Münch*, in: Münchener Kommentar, ZPO, 2. Aufl., vor § 1025 Rdnr. 1.

<sup>7</sup> Regierungsbegründung des Gesetzentwurfes des Schiedsverfahrens-Neuregelungsgesetzes – SchiedsVfG, BT-Drucks. 13/5274, vgl. Begründungen zu §§ 1025, 1032, 1033, 1040, 1041, 1061 ZPO.

<sup>8</sup> Dazu *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnrn. 644 ff.

der die Konstituierung im schiedsrichterlichen Verfahren in einem Umfang bestimmt, der entscheidend über den des staatlichen Zivilprozesses hinausgeht (Abschnitt A). Da die Konstituierung Teil des schiedsrichterlichen Verfahrens selbst ist, gelten auch dessen drei allgemeine Verfahrensgrundsätze:<sup>9</sup> das Gebot der Gleichbehandlung der Parteien, die Gewährung rechtlichen Gehörs und die Zulassung von Rechtsanwälten, vgl. § 1042 Abs. 1 und Abs. 2 ZPO (Abschnitt B).

## **A Verfahrensherrschaft der Parteien**

Die Parteien eines schiedsrichterlichen Verfahrens sind sowohl auf personeller, als auch auf verfahrensrechtlicher Ebene nahezu uneingeschränkt dispositionsbefugt.<sup>10</sup> Die für eine staatliche Anerkennung des schiedsrichterlichen Verfahrens als Rechtsprechung erforderlichen Grenzen ziehen im wesentlichen Verfahrensvorschriften. Deren Ausgestaltung ihrerseits unterliegt weithin der Dispositionsbefugnis der Parteien, solange das durch zwingende Verfahrensvorschriften gesetzlich eingeräumt Recht überhaupt erhalten bleibt. Die einzige auch materiellrechtliche Eingriffsnorm im schiedsrichterlichen Verfahren ist die in den Verfahren nach dem Schiedsspruch von Amts wegen zu beachtende ordre-public-Klausel, vgl. § 1059 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. b) ZPO.

8

### **I. Personelle Verfahrensherrschaft**

Grundvoraussetzung der personellen Verfahrensherrschaft der Parteien ist die Möglichkeit eines Verzichts auf den gesetzlichen Richter und das damit einhergehende Recht der Parteien, prozeßrechtlich über die zu Schiedsrichtern bestellten Personen jederzeit einvernehmlich disponieren zu können. Die Verfahrensherrschaft liegt insbesondere durch die freie Schiedsrichterwahl in weitaus größerem Umfang bei den Parteien, als dies im staatlichen Zivilprozeß der Fall ist. Für die Parteien liegt darin ein zu Recht genannter Vorteil des Schiedsgerichtsverfahrens.

9

#### **1. Verzicht auf den gesetzlichen Richter**

In der staatlichen Rechtsprechung haben die Parteien von Verfassungs wegen Anspruch auf

10

---

<sup>9</sup> Der weitere ganz zu Recht hervorgehobene Grundsatz der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Schiedsrichters betrifft im wesentlichen die Schiedsrichterbestellung und wird deshalb als gesetzliches Bestellungskriterium untersucht, Rdnrn. 165 ff.

<sup>10</sup> Zu den Beschränkungen ausführlich Rdnrn. 99 ff.

den gesetzlichen Richter, Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG. Schiedsgerichtsverfahren ist demgegenüber auf Privatautonomie beruhende private Rechtsprechung.<sup>11</sup> Mit dem Abschluß einer Schiedsvereinbarung verzichten die Parteien auf den gesetzlichen Richter und übernehmen die vollständige personelle Verfahrensherrschaft: Sie haben das Recht der freien Schiedsrichterwahl.<sup>12</sup> Sie können gemeinsam grundsätzlich jede Person zum Schiedsrichter bestellen (positive Wahlfreiheit) und jedwede personelle Einschränkung vereinbaren (negative Wahlfreiheit). Obwohl es den Parteien unbenommen ist, von vornherein Schiedsrichter namentlich zu benennen, gehen sie regelmäßig gestuft vor: Sie werden bereits im Zusammenhang mit dem Abschluß der Schiedsvereinbarung abstrakt Beschränkungen des Personenkreises vornehmen und/oder bestimmte persönliche Voraussetzungen entweder originär oder durch Bezugnahme auf eine Verfahrensordnung der institutionellen Schiedsgerichtsbarkeit regeln. Dies muß aber nicht in der Schiedsvereinbarung geschehen, die § 1029 ZPO legaldefiniert als „eine Vereinbarung der Parteien, alle oder einzelne Streitigkeiten, die zwischen ihnen in bezug auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis vertraglicher oder nichtvertraglicher Art entstanden sind oder künftig entstehen, der Entscheidung durch ein Schiedsgericht zu unterwerfen.“ Personelle oder verfahrensrechtliche Regelungen der Konstituierung gehören demnach nicht zum Mindestgehalt einer Schiedsvereinbarung und sind von dieser unabhängig.<sup>13</sup> Fehlt eine Vereinbarung über die Konstituierung, stellt die ZPO folgerichtig in §§ 1034 ff. ZPO Regelungen bereit, die eine Durchführung des Schiedsgerichtsverfahrens sicherstellen. Das Gesetz bezeichnet dabei konstituierungsrelevante Regelungen der Parteien in § 1035 Abs. 5 Satz 1 ZPO allgemein als „Parteivereinbarung“. In einer solchen Parteivereinbarung werden die Parteien also ihre personelle Verfahrensherrschaft meist zunächst abstrakt wahrnehmen, um im zweiten Schritt dann anläßlich eines konkreten Streites entsprechend der getroffenen Parteivereinbarung geeignete Schiedsrichter auszuwählen.

- 11 Diese personelle Verfahrensherrschaft der Parteien im Schiedsgerichtsverfahren erkennt der Staat verschiedentlich ausdrücklich an: Die Übernahme einer Tätigkeit als Schiedsrichter ist gemäß Art. 1 § 2 RBerG von den für konkrete fremde Rechtsbesorgung noch geltenden allgemeinen berufsrechtlichen Beschränkungen ausgenommen. Daneben bestehen spezielle berufsrechtliche Privilegierungen: So bedürfen etwa Notare gemäß § 8 Abs. 4 Alt. 3 BNotO keiner Nebentätigkeitsgenehmigung, wie dies für die Übernahme sonstiger nichtnotarieller

<sup>11</sup> Zusammenfassend *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnrn. 1 ff.

<sup>12</sup> Vgl. zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit *Karl*, Die Gewährleistung der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Schiedsrichters, S. 24 f., m.w.N.

<sup>13</sup> Dies verkennt *OLG Thüringen*, Beschl. v. 09.01.2006 – 6 U 569/05, DIS-Datenbank: Zurückweisung der Einrede aus § 1032 ZPO mit der Begründung, nach einem Gesellschaftsvertrag seien zwar sämtliche Rechtsstreitigkeiten auf ein Schiedsgericht übertragen, jedoch sei ein konkretes Schiedsgericht bisher nicht benannt. Zum Mindestgehalt der Schiedsvereinbarung ausführlich *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnrn. 280 ff.



Geschäftsausübung in der Regel der Fall ist. Die grundsätzlichste Anerkennung der personellen Verfahrensherrschaft der Parteien ist allerdings die Nichtregelung eines speziellen Berufsrechts, wie dies für staatliche Richter mit dem DRiG vorliegt. Wesentliche Unterschiede gegenüber staatlichen Richtern sind für Schiedsrichter die Unbeachtlichkeit ihrer Nationalität<sup>14</sup> und das Fehlen jeder staatlichen Qualifikationsprüfung. Außerdem bekleiden Schiedsrichter kein öffentliches Amt.<sup>15</sup> Das schiedsrichterliche Verfahren dient ausschließlich der privaten Rechtsprechung, der Schiedsrichter bleibt Privatperson auch in Ausübung seiner Tätigkeit. Er unterfällt deshalb nicht dem strafrechtlichen Amtsträgerbegriff, vgl. die Legaldefinition in § 11 Nr. 2 Buchst. a) i.V.m. Nr. 3 StGB. Deshalb ist der durchgängig vom 10. Buch der ZPO verwendete Begriff des Schiedsrichteramts jedenfalls unglücklich gewählt, jedoch zu respektieren.

Die Beachtung der personellen Verfahrensherrschaft der Parteien bei der Schiedsrichterwahl gewährleistet der Staat nicht nur abstrakt und passiv. Auch in der konkreten Situation, in der ein Gericht<sup>16</sup> mit einer Schiedsrichterbestellung befaßt wird, hat dieses alle nach der Parteienvereinbarung für den Schiedsrichter vorgeschriebenen Voraussetzungen zu berücksichtigen, § 1035 Abs. 5 Satz 1 Alt. 1 ZPO.

12

## 2. Fortbestehende Dispositionsbefugnis

Die personelle Verfahrensherrschaft der Parteien endet nicht mit der einmal erfolgten Bildung des Schiedsgerichts. Es ist zwingende Folge der personellen Verfahrensherrschaft der Parteien, daß sie gemeinsam in jedem Verfahrensstadium prozeßrechtlich über die zu Schiedsrichtern bestellten Personen dispositionsbefugt bleiben. Sie können deshalb gemeinsam einem Schiedsrichter das Schiedsrichteramt zu jedem Zeitpunkt wieder entziehen. Diese Möglichkeit jederzeitiger prozessualer Beendigung<sup>17</sup> des Schiedsrichteramts wird vom Gesetz an ver-

13

<sup>14</sup> Anderes gilt gemäß § 9 DRiG für staatliche Richter, die Deutsche im Sinne Art. 116 GG sein müssen. Beschränkungen beispielsweise der Nationalität der Schiedsrichter sehen allerdings einige nationale Schiedsgesetze vor, vgl. Born, *International Commercial Arbitration*, S. 617 ff. Zur Frage, inwieweit solche Beschränkungen den *ordre public* berühren, vgl. die frühe Entscheidung *BGH*, Urt. v. 07.01.1971 – VII ZR 160/69 (Hamburg), BGHZ 55, 162, 174, in der eine Verletzung für ein jugoslawisches Schiedsgericht verneint wurde, obwohl seinerzeit für (ausländische) Parteien noch Beschränkungen bestanden.

<sup>15</sup> *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnrn. 1893 f.; *Tröndle/Fischer*, StGB, 53. Aufl., § 11 Rdnr. 24. Zur Anwendbarkeit einiger Amtsdelikte auf Schiedsrichter durch ausdrückliche Aufnahme des Schiedsrichters in den Tatbestand vgl. Rdnrn. 113 ff.

<sup>16</sup> Mit Gericht ist zur sprachlichen Abgrenzung zum Schiedsgericht stets ein staatliches Gericht gemeint. Dies entspricht der Terminologie des 10. Buches der ZPO.

<sup>17</sup> Bei Anwendbarkeit deutschen materiellen Rechts auf den Schiedsrichtervertrag können die Parteien gemeinsam den zugrunde liegenden Vertrag auch materiellrechtlich jederzeit durch Kündigung beenden. Da das Schiedsrichteramt zu „Diensten höherer Art“ im Sinne § 627 Abs. 1 BGB verpflichtet, bedarf die materiellrechtliche Kündigung keines wichtigen Kündigungsgrundes, vgl. *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnr. 1967; *Voit*, in: Musielak, ZPO, 5. Aufl., § 1035 Rdnr. 30.

steckter Stelle in § 1039 Abs. 1 Satz 1 ZPO (letzte Alternative) erwähnt. Nach dem Wortlaut muß es sich um eine „Vereinbarung der Parteien“, das heißt aller der am schiedsrichterlichen Verfahren beteiligten Parteien handeln. Der Betreffende oder die anderen Schiedsrichter wirken nicht mit. Daß auch die Regelung des § 1039 Abs. 1 Satz 1 ZPO (letzte Alternative) gemäß § 1039 Abs. 2 ZPO dispositiv ist,<sup>18</sup> spricht nicht gegen die uneingeschränkt fortbestehende personelle Dispositionsbefugnis, sondern ist deren Folge. Die Regelung erklärt sich von selbst: Die Parteien müssen die Möglichkeit zur gemeinsamen Beendigung des Schiedsrichteramts schon deshalb selbstbeschränkend im vorhinein ausschließen oder begrenzen können, weil eine Partei die erforderliche Einvernehmlichkeit bei der Entscheidung jederzeit sonst auch grundlos verweigern könnte.

- 14 Konsequenz der fortbestehenden Dispositionsbefugnis ist die Möglichkeit einer einvernehmlichen außerschiedsverfahrensrechtlichen Einigung der Parteien, die bei allen konstituierungsbezogenen Komplikationen neben die zu erörternden Rechtsbehelfe tritt.

## **II. Verfahrensrechtliche Verfahrensherrschaft**

- 15 Mit der personellen Verfahrensherrschaft geht die verfahrensrechtliche einher: Gemäß § 1042 Abs. 3 ZPO können die Parteien die Durchführung des schiedsrichterlichen Verfahren vorbehaltlich der zwingenden Vorschriften des 10. Buches des ZPO selbst gestalten oder durch Bezugnahme auf eine schiedsrichterliche Verfahrensordnung regeln. Danach gelten in der Normenhierarchie in absteigender Folge zunächst die zwingenden gesetzlichen Vorschriften, sodann die Parteivereinbarungen und schließlich die subsidiären gesetzlichen Regelungen, soweit eine Parteivereinbarung fehlt. Bleiben dann Lücken, hat das Schiedsgericht gemäß § 1042 Abs. 4 Satz 1 ZPO die Verfahrensregeln nach freiem Ermessen zu bestimmen. Die Parteien sind also anders als im staatlichen Zivilprozeß nicht an eine gesetzlich vorbestimmte Verfahrensordnung gebunden.
- 16 Nach seiner systematischen Stellung betrifft § 1042 Abs. 3 ZPO nicht unmittelbar die Konstituierung selbst, sondern die Durchführung des Verfahrens vor dem Schiedsgericht. Die Regelung ist jedoch Ausdruck der verfahrensrechtlichen Verfahrensherrschaft der Parteien im schiedsrichterlichen Verfahren. Deren Geltung auch während der Konstituierung folgt ergänzend unmittelbar aus den einzelnen Verfahrensnormen des dritten Abschnitts des 10. Buches der ZPO sowie aus der in § 1026 ZPO geregelten Sperrwirkung für das Eingreifen staatlicher

---

<sup>18</sup> So auch *Voit*, in: Musielak, ZPO, 5. Aufl., § 1039 Rdnr. 2.

Gerichte in das schiedsrichterliche Verfahren.

## 1. Allgemeine Grundsätze

Den allgemeinen Rechtsgedanken des § 1042 Abs. 3 ZPO nimmt der dritte Abschnitt des 10. Buches der ZPO in den einzelnen Normen auf. Folgerichtig heißt es in den meisten<sup>19</sup> Verfahrensvorschriften jeweils klarstellend ausdrücklich, daß die Parteien das Verfahren vereinbaren können, vgl. § 1035 Abs. 1 ZPO, § 1035 Abs. 3 und Abs. 4 ZPO, § 1037 Abs. 1 ZPO (allerdings mit einer Einschränkung hinsichtlich der Regelungen in Absatz 3 der Vorschrift), § 1039 Abs. 2 ZPO. Die einzelnen gesetzlichen Regelungen sind mithin gegenüber Parteivereinbarungen subsidiäre Verfahrensregelungen auf der dritten Stufe der Normenhierarchie. Das Schiedsgericht ist im Verlaufe der Konstituierung zur Bestimmung der Verfahrensregeln nur im Ausnahmefall berufen. Es ist dazu in der Regel auch nicht in der Lage, denn solange das Schiedsgericht noch nicht vollständig gebildet ist, kann es noch keine Verfahrensregeln bestimmen. Soweit die Parteien nichts anderes vereinbaren, hat das Schiedsgericht allein nach § 1037 Abs. 2 Satz 2 ZPO im Ablehnungsverfahren vor dem Schiedsgericht eine konstituierungsbezogene Verfahrensaufgabe. In diesem Fall gilt die Verfahrensregelungsbefugnis des Schiedsgerichts gemäß § 1042 Abs. 4 ZPO unmittelbar, weil dieses Verfahren im Verlauf des schiedsrichterlichen Verfahrens vor dem Schiedsgericht durchzuführen und also dessen Teil ist. Von diesem Ausnahmefall abgesehen sind etwaige Lücken und Widersprüche des konstituierungsbezogenen subsidiären gesetzlichen Verfahrensrechts bei fehlenden Parteivereinbarungen durch Gesetzesauslegung zu schließen oder aufzulösen.

17

Die verfahrensrechtliche Verfahrensherrschaft der Parteien bei der Konstituierung manifestiert sich außerdem darin, daß der gesamte dritte Abschnitt des 10. Buches der ZPO bei Verstößen gegen Verfahrensvorschriften stets lediglich antragsgebundene Rechtsbehelfe einer oder auch jeder Partei vorsieht, vgl. § 1035 Abs. 3 und Abs. 4 ZPO, § 1037 Abs. 2 Satz 1 und Abs. 3 Satz 1 ZPO. Unmittelbare materiellrechtliche Folgen sind gesetzlich an keiner Stelle bestimmt. Dies gilt selbst in den Fällen, in denen ein gesetzlicher Parteivorbehalt zur Regelung des Verfahrens fehlt, vgl. § 1034 Abs. 2 ZPO und § 1038 Abs. 1 Satz 2 ZPO. Dieser von der ZPO verfolgte rein prozeßrechtliche Weg sichert die verfahrensrechtliche Verfahrensherrschaft der Parteien am umfänglichsten: Denn auf diese Weise hat es die betroffene Partei auch nach einem konstituierungsbezogenen personellen oder verfahrensrechtlichen Verfahrensver-

18

---

<sup>19</sup> Die drei Fälle, in denen dies nicht der Fall ist, nämlich bei den gerichtlichen Rechtsbehelfen nach § 1034 Abs. 2 ZPO, § 1037 Abs. 3 ZPO und § 1038 Abs. 1 Satz 2 ZPO, sind als verfahrensrechtliche Konstituierungsbeschränkungen zu untersuchen, vgl. RdNr. 156 ff.

stoß noch in der Hand, über dessen verfahrensrechtliche Geltendmachung zu disponieren.

- 19 Als Konsequenz dieser verfahrensrechtlichen Konzeption folgt aus dem Antragsrecht die jedenfalls faktische Verzichtbarkeit aller Rechtsbehelfe.<sup>20</sup> Alle etwaigen Verfahrensverstöße können grundsätzlich unbeachtlich werden. Verzichtbare Verfahrensrechte können zur effektiven Verfahrensgestaltung einschränkungslos präkludiert werden. Das verfahrensökonomische Interesse, Verfahrensverstöße zeitnah auch auf ihre Auswirkungen auf den Fortgang des Verfahrens hin zu klären, bedingt die Ausgestaltung einiger der konstituierungsbezogenen Rechtsbehelfe mit Präklusionsfristen, vgl. § 1034 Abs. 2 Satz 2 ZPO, § 1037 Abs. 3 Satz 1 ZPO. Für gesetzlich nicht präklusionsbedrohte Rechtsbehelfe folgt daraus allerdings nicht zwangsläufig die Unverzichtbarkeit der mit diesen Rechtsbehelfen geltend zu machenden Verfahrensverstöße.<sup>21</sup>
- 20 Die Verzichtbarkeit der Rüge aller Verfahrensverstöße und die Verzichtbarkeit der Rechtsbehelfe gelten allerdings lediglich für das Verhältnis der Verfahrensparteien untereinander. Soll der Staat zur Vollstreckung eines Schiedsspruchs in Anspruch genommen werden, übernimmt er diese Hilfestellung nur in den Grenzen des *ordre public*. Dessen Einhaltung wird in den Verfahren nach dem Schiedsspruch von Amts wegen überprüft, vgl. § 1059 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. b) ZPO. Verstöße gegen den *ordre public* sind deshalb auch durch Parteivereinbarung nicht „vollstreckungsfest“ präkludierbar.<sup>22</sup>

## **2. Sperrwirkung des § 1026 ZPO**

- 21 Vor staatlichen Eingriffen in ihre verfahrensrechtliche Verfahrensherrschaft sind die Parteien durch § 1026 ZPO geschützt. Nach dieser Vorschrift darf ein staatliches Gericht in den Ange-

---

<sup>20</sup> Ein Verzicht durch Parteivereinbarung ist nach allgemeinen Grundsätzen des Prozeßrechts zudem ab dem Zeitpunkt, in dem der konkrete Rechtsbehelf entstanden ist, im Hinblick auf den konkreten Verfahrensverstoß möglich.

<sup>21</sup> Denn Verzichtbarkeit ist lediglich notwendige Voraussetzung jeder Präklusion. Es muß aber nicht jeder verzichtbare Rechtsbehelf auch gesetzlich mit einer in erster Linie der Verfahrensökonomie dienenden Präklusionsfrist ausgestattet werden. Denn es kann auch verfahrensökonomischer sein, bestimmte Rechtsbehelfe während des Verfahrens unbefristet zuzulassen.

<sup>22</sup> Näher Rdnr. 159.

legenheiten des 10. Buches der ZPO nur tätig werden, soweit es in diesem Buch vorgesehen ist. Eine ausdrückliche Ermächtigung im Gesetz ist also Voraussetzung für die Zulässigkeit eines Rechtsbehelfs zum Gericht. Außerdem begründet das einschränkende „soweit“ in § 1026 ZPO die Pflicht des staatlichen Gerichts, die in den Ermächtigungsnormen selbst enthaltenen Parteivorbehalte zu beachten, sofern sie durch Parteivereinbarungen ausgefüllt worden sind. Denn im Interesse einer möglichst geringen Einschränkung der verfahrensrechtlichen Verfahrensherrschaft der Parteien schränkt „soweit“ nicht nur das „Ob“, sondern auch das „Wie“ gerichtlicher Befugnisse ein.

Diese Sperrwirkung ist bei der Auslegung der Vorschriften zu berücksichtigen, die einen Rechtsbehelf zum Gericht eröffnen: Wegen § 1026 ZPO ist grundsätzlich eine enge Auslegung der gesetzlichen Rechtsbehelfe geboten, um die im Allgemeinen Teil des 10. Buches der ZPO gewährte Grundentscheidung für die umfassende verfahrensrechtliche Verfahrensherrschaft der Parteien nicht zu unterlaufen. Darüber hinaus sind bei der Auslegung die im folgenden dargestellten allgemeinen Verfahrensgrundsätze zu berücksichtigen.

22

## **B Schiedsgerichtliche Verfahrensgrundsätze**

- 23 Die für das gesamte schiedsgerichtliche Verfahren geltenden allgemeinen Verfahrensgrundsätze sind das Gebot der Gleichbehandlung der Parteien, § 1042 Abs. 1 Satz 1 ZPO, das Gebot der Gewährung rechtlichen Gehörs, § 1042 Abs. 1 Satz 2 ZPO, und das Gebot der Zulassung von Rechtsanwälten als Verfahrensbevollmächtigte, § 1042 Abs. 2 ZPO.
- 24 Alle drei Gebote finden sich im ersten Paragraphen des fünften Abschnitts des 10. Buches der ZPO, der mit „Durchführung des schiedsrichterlichen Verfahrens“ überschrieben ist. Diese systematische Stellung mag auf den ersten Blick die unmittelbare Anwendbarkeit der schiedsgerichtlichen Verfahrensgrundsätze allein auf das Verfahren vor dem Schiedsgericht selbst nahelegen. Darauf ist indes die Anwendbarkeit nicht beschränkt. Die allgemeinen Verfahrensprinzipien sind vielmehr auf die gesamte Durchführung des schiedsrichterlichen Verfahrens anzuwenden, also auch auf die Durchführung der Konstituierung. Dies kann mit dem Sinn und Zweck der Verfahrensprinzipien begründet werden.<sup>23</sup> Konsequenterweise folgt dies schon aus einer Auslegung des Begriffs der Durchführung des schiedsrichterlichen Verfahrens: Dazu gehört gerade auch die Konstituierung. Dafür spricht schon der Wortlaut, denn es heißt in der Überschrift des fünften Abschnitts gerade nicht Durchführung des schiedsrichterlichen Verfahrens „vor dem Schiedsgericht“. Außerdem sind die konstituierungsbezogenen Verfahrensregelungen untrennbar mit dem eigentlichen schiedsrichterlichen Verfahren vor dem Schiedsgericht verbunden. Zwar sind einzelne Etappen der Konstituierung dem eigentlichen schiedsrichterlichen Verfahren vorgelagert und könnten deshalb als eigenständig angesehen werden. Vorgelagert sind die Verfahren nach § 1034 ZPO und § 1035 ZPO insoweit, als sie im wesentlichen die erstmalige Bildung des Schiedsgerichts betreffen. Dies gilt aber nicht ohne Einschränkung: Fällt ein Schiedsrichter im Verlaufe des Verfahrens weg, ist bei Fehlen anderer Vereinbarungen ein Schiedsrichter nach den bereits für die Bestellung des Weggefallenen anzuwendenden Regeln nachzubestellen, vgl. § 1039 Abs. 1 Satz 2 ZPO. In diesem Fall fällt die Nachbestellung in den Zeitraum der Durchführung des schiedsrichterlichen Verfahrens. Es ist bereits deshalb konsequent, den gesamten dritten Abschnitt zur Durchführung des schiedsrichterlichen Verfahrens zu rechnen. Dies gilt um so mehr dann, wenn das Schiedsgericht im laufenden schiedsrichterlichen Verfahren zu einer Entscheidung im Ablehnungsver-

---

<sup>23</sup> In diesem umfassenden Sinn die Regierungsbegründung des Gesetzentwurfes des Schiedsverfahrens-Neuregelungsgesetzes – SchiedsVfG, BT-Drucks. 13/5274, Begründung zu § 1042 Abs. 1 ZPO, S. 46, in der es heißt, daß die Verfahrensmaximen der Gleichbehandlung und des rechtlichen Gehörs während des gesamten schiedsrichterlichen Verfahrens zwingend zu beachten sind und das schiedsrichterliche Verfahren erst als der staatlichen Rechtsschutzmöglichkeit gleichwertig qualifizieren.

fahren gemäß § 1037 Abs. 2 Satz 2 ZPO berufen ist. Gerade dieser Fall zeigt, daß die Konstituierung nicht lediglich dem schiedsrichterlichen Verfahren vorgelagert ist, sondern strukturell mit diesem verschränkt sein kann und also Teil der Durchführung des schiedsrichterlichen Verfahrens ist. Deshalb gelten die allgemeinen Verfahrensgrundsätze des § 1042 Abs. 1 und Abs. 2 ZPO bereits während der Konstituierung. Im einzelnen:

## **I. Gebot der Gleichbehandlung der Parteien**

Die Parteien sind während der Konstituierung gleich zu behandeln, § 1042 Abs. 1 Satz 1 ZPO. Das Gebot richtet sich an das Schiedsgericht, soweit es konstituierungsbezogen zum Beispiel im Ablehnungsverfahren nach § 1037 Abs. 2 Satz 2 ZPO tätig wird, und an in die Konstituierung eingeschaltete Dritte. Inhaltlich erfordert das Gleichbehandlungsgebot, daß einer Partei nicht abgeschlagen werden darf, was der anderen gewährt worden ist. Dies gilt zum Beispiel für Fristverlängerungen oder Terminsbestimmungen. Eine besondere Ausprägung des Gleichbehandlungsgebots findet sich in § 1034 Abs. 2 Satz 1 ZPO, der die konstituierungsbezogene Gleichbehandlung der Parteien untereinander sichert.<sup>24</sup> 25

Ein Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot kann, wenn er sich auf das Verfahren auswirkt hat, gemäß § 1059 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. d) ZPO zur Aufhebung des Schiedsspruchs führen. 26

## **II. Gebot der Gewährung rechtlichen Gehörs**

Auch das Gebot der Gewährung rechtlichen Gehörs gemäß § 1042 Abs. 1 Satz 2 ZPO richtet sich bereits während der Konstituierung an das konstituierungsbezogen tätige Schiedsgericht und Dritte. Es beinhaltet eine Informationspflicht des zur Gewährung rechtlichen Gehörs Verpflichteten, eine Äußerungsmöglichkeit der Parteien und eine Verpflichtung zur Kenntnisnahme und Erwägung der Äußerungen, soweit diese nicht aufgrund besonderer Prozeßvorschriften unterbleiben kann oder muß.<sup>25</sup> Konstituierungsbezogen spielt das Gebot der Gewährung rechtlichen Gehörs vor allem dann eine Rolle, wenn Dritte in die Bestellung von Schiedsrichtern einbezogen werden. Ist zum Beispiel durch Parteivereinbarung ein Gerichtspräsident zur Bestellung eines Einzelschiedsrichters berufen, so hat er den Parteien 27

---

<sup>24</sup> Dazu Rdnr. 135. Allgemein zum Gleichbehandlungsgebot vgl. *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnr. 671.

<sup>25</sup> Vgl. sehr ausführlich zum Gebot des rechtlichen Gehörs und den einzelnen Kriterien *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnrn. 674 ff.

Bestellung rechtliches Gehör zu gewähren.<sup>26</sup>

- 28 Ein Verstoß gegen den Grundsatz des rechtlichen Gehörs stellt in den gerichtlichen Verfahren nach dem Schiedsspruch einen zur Aufhebung des Schiedsspruchs von Amts wegen geeigneten Verstoß gegen den *ordre public* dar, § 1059 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. b) ZPO.<sup>27</sup>

### III. Gebot der Zulassung von Rechtsanwälten

- 29 Gemäß § 1042 Abs. 2 ZPO dürfen Rechtsanwälte als Verfahrensbevollmächtigte nicht ausgeschlossen werden. Rechtsanwälte im Sinne der Vorschrift sind in- und ausländische Rechtsanwälte.<sup>28</sup> Andere Verfahrensbevollmächtigte können, müssen aber nicht zurückgewiesen werden. Das Gebot der Zulassung von Rechtsanwälten ist konstituierungsbezogen deshalb relevant, weil gerade während der Konstituierung vielfältige Rechtsbehelfsmöglichkeiten der Parteien bestehen, die eine anwaltliche Vertretung empfehlenswert machen können. Aber auch bei der Durchführung der Konstituierung selbst werden sich die Parteien oft von Rechtsanwälten vertreten lassen. Da die konstituierungsbezogenen Handlungen stets Prozeßhandlungen sind, muß eine entsprechende Prozeßvollmacht vorliegen. „Herkömmliche“ Prozeßvollmachten ermächtigen nicht zur Abänderung der Schieds- oder Parteivereinbarung. Soll konstituierungsbezogen von einer Vereinbarung der Parteien abgewichen werden, ist im Hinblick auf die Bestellungsbefugnis als Prozeßhandlungsvoraussetzung Vorsicht geboten. Nicht nur in diesem Zusammenhang kommt es entscheidend auf das Verständnis der Begriffe der Konstituierung an, die nachstehend untersucht werden.

---

<sup>26</sup> *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnr. 530, beschreibt die Verfahrensweise der IHK Berlin: Sie fragt zunächst den Schiedsrichter Kandidaten, ob er bereit und unter Befangenheitsgesichtspunkten nicht verhindert ist. Stimmt er zu, teilt sie dies den Parteien mit und setzt eine Frist zur Stellungnahme. Die Bestellung erfolgt nach Zustimmung der Parteien oder unterbliebenem fristgerechten Widerspruch.

<sup>27</sup> Vgl. zuletzt *BGH*, Beschl. v. 29.06.2005 – III ZB 65/04 (Hamburg), BGH-Datenbank, unter II. 2. der Gründe.

<sup>28</sup> Vgl. *Geimer*, in: *Zöller*, ZPO, 26. Aufl., § 1042 Rdnr. 19; *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnr. 733, m.w.N.



## Kapitel 2 Begriffe der Konstituierung

Die Definition der bei der Konstituierung relevanten Begriffe erfolgt anhand der Etappen der Konstituierung (Abschnitt A) und eines Überblicks über die einzelnen Rechtsbehelfe bei der Konstituierung (Abschnitt B). 30

### A Prozessuale Etappen

Die Konstituierung ist Prozeß und zugleich Ergebnis: Sie findet ihre wesentliche Regelung im dritten Abschnitt des 10. Buches der ZPO unter der Überschrift „Bildung des Schiedsgerichts“ (§§ 1034 bis 1039 ZPO). Zu Beginn eines schiedsrichterlichen Verfahrens werden die erforderlichen Schiedsrichter bestellt. Ist dies erfolgt, existiert das Schiedsgericht. Es besteht dann – als Einer- oder Kollegialschiedsgericht – in der Regel bis zur Beendigung des schiedsrichterlichen Verfahrens durch Schiedsspruch oder Beschluß, vgl. § 1056 Abs. 1 ZPO. Solange noch eine Entscheidung über die Kosten aussteht, vgl. § 1057 Abs. 2 ZPO, und wegen der Möglichkeiten der Berichtigung, Auslegung oder Ergänzung des Schiedsspruchs gemäß § 1058 ZPO sowie der gesetzlich geregelten Zurückverweisung an das Schiedsgericht im Aufhebungsverfahren gemäß § 1059 Abs. 4 ZPO besteht das Schiedsgericht allerdings über diesen Zeitpunkt hinaus fort, vgl. § 1056 Abs. 3 ZPO. Die prozedurale Komponente der Konstituierung zeigt sich insbesondere dann, wenn während des Verlaufs des schiedsrichterlichen Verfahrens personelle Änderungen erforderlich werden. Dies kann darauf beruhen, daß ein Schiedsrichter durch eine Partei erfolgreich abgelehnt wurde, vgl. § 1037 Abs. 2 und Abs. 3 ZPO, daß er „zurücktritt“,<sup>29</sup> oder daß er wegfällt, weil er faktisch oder rechtlich an der Ausübung des Schiedsrichteramts gehindert ist, vgl. § 1038 Abs. 1 ZPO. In all diesen Fällen wird in der Regel ein Ersatzschiedsrichter nachbestellt, vgl. § 1039 ZPO. Außerdem können die Parteien in Wahrnehmung ihrer personellen Verfahrensherrschaft jederzeit übereinstimmend Vereinbarungen treffen, die das Schiedsgericht personell entweder erweitern oder verkleinern.<sup>30</sup> Konstituierung endet also nur vorläufig mit der einmal erfolgten Bildung des Schiedsgerichts. Mit diesem Verständnis stimmt überein, daß „Bildung des Schiedsgerichts“ den gesamten dritten Abschnitt des 10. Buches der ZPO überschreibt. 31

<sup>29</sup> Gemäß § 1037 Abs. 2 ZPO ist „Rücktritt“ möglich nach einer Ablehnung oder gemäß § 1038 Abs. 1 ZPO wegen insbesondere Unmöglichkeit der Aufgabenerfüllung. In beiden Fällen handelt es sich jedoch um eine Kündigung, da das Schiedsrichteramts auch prozessual ein auf Dauer angelegtes Prozeßrechtsverhältnis ist.

<sup>30</sup> Siehe *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnr. 517: Die Verkleinerung bietet sich z.B. nach Wegfall eines Schiedsrichters an, um die bei erfolgter Nachbestellung erforderliche Wiederholung erheblicher Verfahrensschritte zu vermeiden. Unklar, ob die personelle Verfahrensherrschaft mit Verfahrensfortschritt Einschränkungen erfährt, *Hantke*, Die Bildung des Schiedsgerichts, SchiedsVZ 2003, 269, 270.

dieses Verständnis mit dem Aufhebungsgrund des § 1059 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. d) Alt. 1 ZPO: Danach kann ein Schiedsspruch aufgehoben werden, wenn die Antragstellerseite begründet geltend macht, daß „die Bildung des Schiedsgerichts einer Bestimmung dieses Buches oder einer zulässigen Vereinbarung der Parteien nicht entsprochen hat und anzunehmen ist, daß sich dies auf das Verfahren ausgewirkt hat.“

- 32 Die Etappen der Konstituierung als Prozeß können schiedsrichterbezogen und schiedsgerichtsbezogen analysiert werden: Schiedsrichterbezogen vollzieht sich die Konstituierung im subsidiären gesetzlichen Regelfall des Dreier-Schiedsgerichts in mehreren Schritten, vgl. § 1035 Abs. 3 Satz 2 ZPO. Für den dabei offenbar zentralen Schritt wird im 10. Buch der ZPO durchgängig der Begriff Bestellung gebraucht, der – untechnisch gesprochen – bedeutet, einer Person das Schiedsrichteramt zu übertragen. Bestellung knüpft im 10. Buch der ZPO immer an den einzelnen Schiedsrichter an:<sup>31</sup> Nicht das Schiedsgericht, sondern jeder einzelne Schiedsrichter wird bestellt. In § 1034 Abs. 2 Satz 1 ZPO taucht an exponierter Stelle mit Ernennung<sup>32</sup> allerdings ein zweiter schiedsrichterbezogener Begriff der Konstituierung auf. Nennung,<sup>33</sup> Benennung,<sup>34</sup> Nominierung,<sup>35</sup> usw. sind weitere, nicht vom 10. Buch der ZPO verwendete Begriffe der schiedsgerichtlichen Literatur und Kommentierung, gerichtlicher Entscheidungen sowie des Sprachgebrauchs der institutionellen Schiedsgerichtsbarkeit; terminologisch war auch bereits die Gesetzesbegründung uneinheitlich.<sup>36</sup>
- 33 Nähert man sich den Etappen der Konstituierung schiedsgerichtsbezogen, verwendet das 10. Buch der ZPO außerhalb des dritten Abschnitts den Begriff der „Bildung des Schiedsgerichts“ in § 1032 Abs. 2 ZPO für die Bezeichnung eines bestimmten Zeitpunkts. Die zweite schiedsgerichtsbezogene Etappe ist die in § 1034 Abs. 2 ZPO genannte „Zusammensetzung

<sup>31</sup> Der Wortstamm Bestellung findet sich in §§ 1034 Abs. 2 Satz 1, 1035 (alle Absätze), 1036 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 Satz 2, 1039 Abs. 1, 1040 Abs. 2 Satz 2, 1059 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. b), 1062 Abs. 1 Nr. 1 ZPO. Auch ein Sachverständiger wird bestellt: § 1049 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 ZPO. Vgl. zur Definition Rdnr. 53.

<sup>32</sup> Zur Definition Rdnr. 58. Ernennung war der durchgängig von der ZPO vor der Reform durch das Schiedsverfahrens-Neuregelungsgesetz – SchiedsVfG verwendete Begriff.

<sup>33</sup> In den Gründen der Entscheidung *OLG Koblenz*, Beschl. v. 19.02.2004 – 2 Sch 04/03, DIS-Datenbank, heißt es z.B. im Hinblick auf § 1035 Abs. 4 ZPO: Nennungssäumnis.

<sup>34</sup> Auch dieser Begriff taucht auf in der Regierungsbegründung des Gesetzentwurfes des Schiedsverfahrens-Neuregelungsgesetzes – SchiedsVfG, BT-Drucks. 13/5274, Begründung zu §§ 1035 Abs. 3, 1044 ZPO, S. 40 und 48, und ist beispielsweise im Tenor zu I der Entscheidung *BayObLG*, Beschl. v. 13.05.2002 – 4 Z SchH 04/02, DIS-Datenbank, enthalten. Darüber hinaus wird er von § 40 Abs. 1 Satz 1 DRiG verwendet, vgl. dazu Rdnr. 121.

<sup>35</sup> So die ICC-VerfO „nomination“ – die nicht autorisierte deutsche Fassung verwendet sowohl Ernennung als auch Benennung.

<sup>36</sup> Selbst die Regierungsbegründung des Gesetzentwurfes des Schiedsverfahrens-Neuregelungsgesetzes – SchiedsVfG, BT-Drucks. 13/5274, war sprachlich nicht einheitlich, vgl. z.B. die Begründung zu § 1035 Abs. 3 ZPO, S. 40: „... daß das Recht der beklagten Partei, einen Schiedsrichter zu benennen, ungeachtet der Einmonatsfrist erst dann endet, wenn die andere Partei einen Antrag auf Ersatzbenennung gestellt hat.“ Nach dem Gesetzeswortlaut des § 1039 Abs. 1 ZPO und der Begründung zu § 1039 Abs. 2 ZPO, a.a.O., wird der Ersatzschiedsrichter allerdings bestellt statt benannt.

des Schiedsgerichts“. Im Ablehnungsverfahren wird ebenfalls auf die Zusammensetzung des Schiedsgerichts abgestellt, vgl. § 1037 Abs. 2 Satz 1 ZPO. Es muß also schiedsgerichtsbezogen definiert werden, wann die Bildung des Schiedsgerichts abgeschlossen und wann das Schiedsgericht zusammengesetzt ist.<sup>37</sup>

Da sowohl schiedsrichter- als auch schiedsgerichtsbezogen Legaldefinitionen für die einzelnen Etappen der Konstituierung fehlen, ist die sprachliche Unübersichtlichkeit methodisch allein durch inhaltliche Differenzierung und größtmöglich konsistente Zuweisung innerhalb des 10. Buches der ZPO aufzulösen.<sup>38</sup> Da es Schiedsrichter geben muß, bevor es das Schiedsgericht geben kann, werden zunächst die schiedsrichterbezogenen und sodann die schiedsgerichtsbezogenen Etappen der Konstituierung untersucht. Existieren Schiedsrichter und das Schiedsgericht, ist außerdem von wesentlichem Interesse, wann deren prozessuale Existenz endet. Deshalb sind auch die jeweiligen Abschlußzeitpunkte zu analysieren, nämlich die Beendigung des Schiedsrichteramts und die Beendigung des Amts des Schiedsgerichts.

34

## I. Schiedsrichterbezogene Etappen

Die schiedsrichterbezogenen Etappen der Konstituierung werden Benennung, Bestellung und Ernennung genannt. Zur Bestellung des Schiedsrichters finden sich in dem mit „Bestellung der Schiedsrichter“ überschriebenen § 1035 ZPO, insbesondere in dessen zweitem Absatz, Regelungen, deren Analyse zu einer Definition führt. Ausgehend davon lassen sich die beiden anderen Etappen bestimmen. Der prozessuale Abschluß ist die Beendigung des Schiedsrichteramts.

35

### 1. Bestellung des Schiedsrichters

Die sich konstituierungsbezogen als erstes aufdrängende Frage, nämlich wie viele Schiedsrichter bestellt werden, beantwortet die Grundnorm der Konstituierung einfach und erschöpfend: Nach § 1034 Abs. 1 Satz 1 ZPO können die Parteien die Anzahl der Schiedsrichter vereinbaren. Es kann demnach auch eine gerade oder variable Zahl sein.<sup>39</sup> Fehlt eine

36

<sup>37</sup> Vgl. zur Definition der Bildung des Schiedsgerichts Rdnr. 67 und der Zusammensetzung des Schiedsgerichts Rdnr. 72.

<sup>38</sup> In der Literatur wurde dieser Versuch bisher nicht unternommen. Einzig *Münch*, in: Münchener Kommentar, ZPO, 2. Aufl., § 1035 Rdnr. 5, gibt Definitionen für Bestellung, Ernennung und Benennung an und meint, Benennung bezeichne letztlich beides, sowohl Bestellung als auch Ernennung, wobei Ernennung zugleich der Oberbegriff sein soll, was als System wenig überzeugt. Außerdem wird übersehen, daß das Gesetz den Begriff der Ernennung sehr wohl noch neben dem der Bestellung in § 1034 Abs. 2 ZPO verwendet.

<sup>39</sup> Vgl. *Lachmann*, Klippen für die Schiedsvereinbarung, SchiedsVZ 2003, 28, 31, auch zu den damit verbundenen Risiken. Auslegungsschwierigkeiten können sich auch über die vereinbarte Zahl der Schiedsrichter erge-

Vereinbarung, besteht das Schiedsgericht nach Satz 2 der Vorschrift aus drei Schiedsrichtern. Das Dreier-Schiedsgericht ist also subsidiärer gesetzlicher Regelfall. Alle diese Schiedsrichter werden bestellt. Das 10. Buch der ZPO differenziert terminologisch nicht nach der Person des Bestellten. Der zu Bestellende gibt mithin keinen Aufschluß über die Bedeutung des Begriffs Bestellung.

**a) Grundfragen**

37 An die Frage der Bestellung abstrakt herangetreten, stellen sich drei konstituierungsbezogene Grundfragen, die § 1035 ZPO beantwortet:

1. Wer hat die Kompetenz, die erforderlichen Schiedsrichter auszuwählen?
2. Was macht eine in Ausübung der Kompetenz getroffene Entscheidung bindend?
3. Wie ist der Schiedsrichter daran beteiligt, daß er Schiedsrichter wird?

Selbst bei komplikationslosem Verlauf der Konstituierung sind damit noch nicht alle in diesem Zusammenhang erheblichen Fragen aufgeworfen.<sup>40</sup> Bereits ihre Beantwortung jedoch erhellt den Inhalt des Begriffs Bestellung.

**b) Bestellungskompetenz**

38 Für Kompetenzfragen sind stets folgende zwei Teilaspekte wesentlich: wer abstrakt generell fähig ist, die Kompetenz wahrzunehmen (hier Bestellungs-fähigkeit), und wer konkret im Einzelfall zuständig ist, die Kompetenz auszuüben (hier Bestellungs-befugnis). Beide Fragen sind leicht zu beantworten: Wenn die personelle und verfahrensrechtliche Verfahrensherrschaft bei den Parteien liegt, verbieten sich Kompetenzbeschränkungen. Die ZPO schränkt die Bestellungskompetenz folgerichtig auch nicht ein. Im einzelnen:

39 Bestellungs-fähig ist grundsätzlich jeder. Dieser Grundsatz erfährt allerdings eine Einschränkung, die aus der Rechtsnatur der Bestellung folgt: Bestellung ist Prozeßhandlung.<sup>41</sup> Denn die

---

ben, wenn z.B. die Parteien die Entscheidung durch ein Schiedsgericht (also Dreier-Schiedsgericht?!), hilfsweise durch einen konkret benannten Dritten vereinbaren. Das *BayObLG*, Beschl. v. 16.09.1998 – 4 Z Sch 02/98, DIS-Datenbank, legte eine solche Regelung im Ersatzbestellungsverfahren nach der Weigerung des Dritten dahin aus, daß bei Scheitern einer einvernehmlichen Bildung des Schiedsgerichts ein Einzelschiedsrichter entscheiden solle, den der Senat bestellte.

<sup>40</sup> Zugrunde gelegt ist vor allem die Prozeßkonstellation, in der sich zwei Parteien gegenüberstehen. Bei einer Mehrparteien-Konstellation ergeben sich gerade in Bezug auf die Konstituierung des Schiedsgerichts besondere Probleme, vgl. *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnrn. 1369 ff.; *Massuras*, Dogmatische Strukturen der Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit.

Handlung des Bestellenden zielt auf die Herbeiführung des prozessualen Erfolges der Konstituierung und hat ihre rechtliche Grundlage im Prozeßrecht. Deshalb erfordert Bestellungsfähigkeit nach allgemeinen prozessualen Grundsätzen Prozeßfähigkeit. Bestellungsfähig sind demnach nur voll geschäftsfähige, natürliche Personen; andere natürliche Personen müssen – wie auch alle juristischen Personen – bei der Bestellung durch ihre gesetzlichen Vertreter vertreten werden. Gemeinschaften müssen bei Fehlen von Vertretungsregelungen gemeinschaftlich handeln.

Die Bestellungsbefugnis liegt demgegenüber uneingeschränkt bei den Parteien. Ohne es klar auszusprechen, wird dies vom 10. Buch der ZPO im Sinne der Verfahrensherrschaft der Parteien vorausgesetzt. Eine immerhin mittelbare gesetzliche Anknüpfung findet sich in § 1035 Abs. 2 ZPO, der tatbestandlich die Bestellung durch eine Partei erfordert, aber lediglich einzelne Aspekte der Bestellung in der besonderen Konstellation der fehlenden Parteivereinbarung regelt. Ein weiterer gesetzlicher Anknüpfungspunkt für die Bestellungsbefugnis der Parteien ist § 1035 Abs. 1 ZPO. Danach können die Parteien das Verfahren zur Bestellung des Schiedsrichters oder der Schiedsrichter vereinbaren. § 1035 Abs. 4 ZPO a.E. wiederholt dies mit der Formulierung „vereinbartes Bestellungsverfahren“. Dürfen die Parteien das Verfahren regeln und auf diese Weise über die Bestellungsbefugnis entscheiden, so können sie die Bestellungsbefugnis im Einzelfall erst recht auch selbst wahrnehmen.

40

Die Bestellungsbefugnis muß nicht für alle Schiedsrichter eines Schiedsgerichts gleich geregelt sein. Dies folgt aus § 1035 Abs. 3 Satz 2 ZPO: Denn im subsidiären gesetzlichen Dreier-Schiedsgericht bestellen die Parteien jeweils einen Schiedsrichter. Die Bestellung ist insoweit eine einseitige Prozeßhandlung. Den dritten Schiedsrichter bestellen die beiden bereits bestellten Schiedsrichter gemeinsam.<sup>42</sup> In diesem Fall und im subsidiären gesetzlichen Fall der Bestellung eines Einzelschiedsrichters gemäß § 1035 Abs. 3 Satz 1 ZPO handelt es sich um zweiseitige<sup>43</sup> Prozeßhandlungen.

41

Die Parteien nehmen die Bestellung nicht notwendig unmittelbar selbst vor. Prozeßhandlungen sind nach allgemeinen Grundsätzen nicht höchstpersönlicher Natur. Deshalb kann Bestellung auch durch von den Parteien verschiedene oder am Verfahren unbeteiligte Dritte erfolgen. Die Einbeziehung von den Parteien verschiedener Dritter in die Konstituierung findet ausdrückliche Erwähnung in § 1035 Abs. 3 Satz 2 ZPO, und die Einbeziehung am Verfahren

42

<sup>41</sup> Münch, in: Münchener Kommentar, ZPO, 2. Aufl., § 1035 Rdnr. 5.

<sup>42</sup> Die beiden Schiedsrichter werden im folgenden auch kurz beisitzende Schiedsrichter genannt; den dritten Schiedsrichter, also den Vorsitzenden, bezeichnen Teile der Praxis auch als Obmann.

<sup>43</sup> Im Fall der Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit kann es erforderlich sein, daß alle Parteien gemeinsam die Schiedsrichter bestellen, vgl. Lachmann, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnr. 1374.

unbeteiligter Dritter in § 1035 Abs. 4 ZPO. Insbesondere hinsichtlich des Vorsitzenden bezieht die Praxis häufig unbeteiligte Dritte ein.<sup>44</sup> Dritte handeln dabei entweder (selten) in eigenem Namen – also prozeßstandschaftlich,<sup>45</sup> oder in fremdem Namen – also in Stellvertretung aufgrund ausdrücklich oder konkludent erteilter Vollmacht. Aufgrund des allgemeinen schiedsgerichtlichen Verfahrensgrundsatzes der Zulassung von Rechtsanwälten kann Bestellung durch die anwaltlichen Prozeßbevollmächtigten einer Partei nicht wirksam durch Parteivereinbarung ausgeschlossen werden. Eine Vollmacht muß dabei der Rechtsnatur der Bestellung folgend stets Prozeßvollmacht sein. Außerdem ist in diesem Zusammenhang zu beachten, daß auf die Bestellung die Vorschriften des BGB unanwendbar sind,<sup>46</sup> Bestellung mithin bedingungsfeindlich<sup>47</sup> und vor allem unanfechtbar<sup>48</sup> ist.

- 43 Daß Vertretung bei der Bestellung zulässig ist, folgt zudem mittelbar aus § 1035 Abs. 3 Satz 2 ZPO. Danach bestellen in Verfahren mit drei Schiedsrichtern die von den Parteien bestellten Schiedsrichter den dritten Schiedsrichter, der als Vorsitzender tätig wird. Dies ist ein Fall der Stellvertretung aufgrund zumindest konkludent erteilter Vollmacht.<sup>49</sup> Jedenfalls bestellen die

<sup>44</sup> Die Praxis überträgt Dritten selten die primäre Bestellungsbefugnis. Meist ist der Dritte lediglich subsidiär bestellungsbefugt, vgl. folgende Beispiele aus der Rechtsprechung: Primäre Bestellungsbefugnis hinsichtlich des Vorsitzenden durch eine namentlich bezeichnete IHK: *OLG Hamburg*, Urt. v. 30.05.1996 – 2 U 120/94, Juris. Subsidiäre Bestellungsbefugnis eines OLG-Präsidenten in allen Konstellationen der Ersatzbestellung: *BGH*, Beschl. v. 13.01.2005 – III ZR 265/03 (Düsseldorf), BGH-Datenbank, unter II. 4. b) bb) (1) der Gründe; *OLG Naumburg*, Beschl. v. 19.05.2003 – 10 SchH 01/03, DIS-Datenbank; *BayObLG*, Beschl. v. 20.06.2000 – 4 Z SchH 12/99, DIS-Datenbank. Subsidiäre Bestellungsbefugnis hinsichtlich des Vorsitzenden durch einen Gerichtspräsidenten: *OLG Hamm*, Beschl. v. 18.09.2003 – 17 SchH 07/03, DIS-Datenbank. Subsidiäre Bestellungsbefugnis hinsichtlich des Vorsitzenden durch den Präsidenten der IHK in der einen, durch einen Gerichtspräsidenten in der anderen Parteivereinbarung: *OLG Hamm*, Beschl. v. 07.03.2002 – 11 Sch 01/02, DIS-Datenbank, unter II. 1. b) aa) der Gründe. Historisch interessant zur institutionalisierten Bestellung im Ost-West-Handel durch das Besondere Comité des Europäischen Übereinkommens über die Handelsschiedsgerichtsbarkeit von Genf, *Glossner*, Institutionelle Schiedsrichterernennung, in: FS Trinkner, S. 555 ff.

<sup>45</sup> Dies ist z.B. denkbar, wenn eine Schiedsgerichtsinstitution die Bestellung vornimmt und die Parteien die Benennung von Schiedsrichtern ausgeschlossen haben.

<sup>46</sup> Für Prozeßvollmachten gilt allerdings hinsichtlich der Rechtsscheinsvorschriften eine Ausnahme von der Unanwendbarkeit des BGB – vgl. für die der Prozeßerklärung der Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung in notarieller Urkunde zugrunde liegende Prozeßvollmacht *Paulus/Henkel*, Rechtsschein der Prozeßvollmacht, NJW 2003, 1692 ff.

<sup>47</sup> Die Bedingungsfeindlichkeit der Bestellung ist selten problematisch, da etwaige Bedingungen zumeist vom Schiedsrichter und nicht vom Bestellenden gestellt werden (zu den damit zusammenhängenden Problemen und zur Bedingungsfeindlichkeit der Ernennung vgl. Rdnr. 61). Ein Fall, in dem bereits die Schiedsrichterbestellung durch den Beklagten unzulässig bedingt war, findet sich in *OLG Hamm*, Beschl. v. 18.09.2003 – 17 SchH 07/03, DIS-Datenbank: Die Bestellung (im Tatbestand heißt es zwar Benennung, gemeint ist aber Bestellung) eines staatlichen Richters erfolgte unter dem Vorbehalt der Erteilung einer Nebentätigkeitsgenehmigung. Die Praxis ignoriert dieses Problem bisher.

<sup>48</sup> Eine einmal vorgenommene Bestellung bindet. Sie ist durch eine Partei einseitig allein mit den speziellen Rechtsbehelfen im Ablehnungs-, Beendigungs- und Ersetzungsverfahren angreifbar. Die Anfechtungsgründe des BGB sind aber als potentielle Ablehnungsgründe zu berücksichtigen, vgl. *BGH*, Urt. v. 10.03.1955 – II ZR 193/53 (Düsseldorf), BGHZ 17, 7, 8: „Eine Anfechtung wegen Irrtums über im Verkehr wesentliche Eigenschaften eines Schiedsrichters umfaßt stets auch die Tatbestände, auf die eine Ablehnung des Schiedsrichters wegen Besorgnis der Befangenheit gestützt werden kann.“

<sup>49</sup> *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnr. 523. Zu beachten ist, daß Dritte prozessual nicht verpflichtbar sind, eine Bestellung vorzunehmen, vgl. Rdnr. 45. Weigerungen von Dritten sind selten, kommen aber vor: *OLG München*, Beschl. v. 19.01.2007 – 34 SchH 009/06, DIS-Datenbank (die Kassenärztliche Vereinigung sah sich außerstande, zwei Ärzte als beisitzende Schiedsrichter zu benennen);

von den Parteien bereits bestellten Schiedsrichter den Vorsitzenden nicht in eigenem Namen, denn sie haben daran kein eigenes rechtliches Interesse, da die Verfahrensherrschaft allein bei den Parteien und nicht bei den Schiedsrichtern liegt. Alternativ zur Stellvertretung könnte lediglich ein Fall gesetzlicher Vertretung angenommen werden. Unabhängig davon, daß es jedenfalls sehr ungewöhnlich wäre, wenn eine Partei einen Schiedsrichter bestellt und dadurch ein gesetzliches Vertretungsverhältnis – zudem lediglich in Bezug auf den sehr eingeschränkten Wirkungskreis der Bestellung des Vorsitzenden – begründet, spricht die Regelung des § 1035 Abs. 3 Satz 3 Alt. 2 ZPO gegen die Annahme gesetzliche Vertretung: Denn einigen sich die beiden von den Parteien bestellten Schiedsrichter nicht binnen eines Monats nach ihrer Bestellung auf den Vorsitzenden, ist nach dieser Vorschrift der Vorsitzende auf Antrag einer Partei durch das staatliche Gericht zu bestellen. Das bedeutet, die Parteien behalten die uneingeschränkte Verfügungsgewalt über die Bestellung,<sup>50</sup> denn lediglich sie – nicht die bereits bestellten Schiedsrichter – haben ein Antragsrecht. Ginge man von gesetzlicher Vertretung in Bezug auf die Bestellung des Vorsitzenden aus, müßten auch die bereits bestellten Schiedsrichter ein Antragsrecht haben, und es müßte erklärt werden, wie sie ihr gesetzliches Vertretungsrecht wieder verlieren. Erstes ist nach dem eindeutigen Gesetzeswortlaut nicht der Fall, für zweites fehlt eine Erklärung.

Aus der grundsätzlichen Bestellungskompetenz der Parteien folgt ein Weisungsrecht der Parteien, es sei denn, die Kompetenz ist einem Dritten übertragen. In der Praxis ist es üblich, daß sich die beiden beisitzenden Schiedsrichter über die Bestellung des Vorsitzenden mit der Partei abstimmen, die sie jeweils bestellt hat. Dieses Vorgehen ist zulässig und kein unter Ablehnungsgesichtspunkten bedenklicher einseitiger Kontakt eines Schiedsrichters zu einer Partei. Dahinter steht das jeder prozessualen Stellvertretungskonstellation zugrunde liegende Informationsrecht der jeweiligen Partei als Geschäftsherr. Außerdem hat die Partei stets selbst das Recht, an der Vornahme einer Prozeßhandlung teilzunehmen, da ein Schiedsgerichtsverfahren parteiöffentlich ist.<sup>51</sup> Auch bei der Bestellung des Vorsitzenden besteht ein Weisungsrecht der Parteien. Es folgt aus der Stellvertretungskonstellation: Denn die Partei kann den Umfang der Prozeßvollmacht zur Bestellung des Vorsitzenden beschränken. Dies kann aus der entspre-

44

---

*OLG München*, Beschl. v. 04.09.2006 – 34 SchH 006/06, DIS-Datenbank (Weigerung eines Landgerichtspräsidenten); *BayObLG*, Beschl. v. 11.11.2004 – 4 Z SchH 08/04, DIS-Datenbank (Weigerung eines OLG-Präsidenten); *OLG Dresden*, Beschl. v. 11.09.2001 – 11 SchH 01/01, DIS-Datenbank (Weigerung eines IHK-Präsidenten); *BayObLG*, Beschl. v. 20.06.2000 – 4 Z SchH 12/99, DIS-Datenbank (Weigerung einer OLG-Präsidentin).

<sup>50</sup> So instruktiv die Entscheidung des *OLG Hamm*, Beschl. v. 07.03.2002 – 11 Sch 01/02, DIS-Datenbank, unter II. 1. b) aa) (1) der Gründe: Die Schiedsrichter hatten sich auf einen anderen als in der maßgeblichen Schiedsvereinbarung vorgesehenen Dritten geeinigt, der den Vorsitzenden bestellte. Zutreffend sah das Gericht diese Bestellung als unwirksam an. Näher zu dieser Entscheidung Rdnrn. 254 ff.

<sup>51</sup> *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnr. 114, m.w.N.

chenden Anwendung von § 83 Abs. 2 ZPO gefolgert werden, da für die Bestellung von Schiedsrichtern die Vertretung durch Anwälte nicht geboten ist. Allerdings sind §§ 80 ff. ZPO nach zutreffender Ansicht auf das schiedsrichterliche Verfahren nicht, auch nicht entsprechend, anwendbar.<sup>52</sup> Das 10. Buch der ZPO regelt das schiedsrichterliche Verfahrensrecht jedenfalls insoweit abschließend, als sich ein direkter Rückgriff auf spezielle Verfahrensvorschriften der übrigen ZPO verbietet. Jedoch gehört der Rechtsgedanke der Beschränkung der Vertretungsmacht zum Wesen der Stellvertretung selbst.<sup>53</sup> Deshalb ist eine durch eine Weisung der Partei zum Ausdruck gebrachte Beschränkung der Vollmacht zur Bestellung des Vorsitzenden wirksam. Erklärt sich eine Partei mit der Benennung<sup>54</sup> des Vorsitzenden durch den von ihr bestellten Schiedsrichter nicht einverstanden, so ist der beisitzende Schiedsrichter rechtlich an dessen Bestellung gehindert.<sup>55</sup> Nimmt er die Bestellung dennoch vor – was in der Praxis selten vorkommen dürfte –, fehlt wegen der beschränkten Vertretungsmacht nach allgemeinen Grundsätzen eine Prozeßhandlungsvoraussetzung und die Bestellung ist unwirksam.<sup>56</sup> Den beisitzenden Schiedsrichtern verbleibt deshalb nur die Möglichkeit, auf eine Einigung hinzuwirken. Gelingt dies nicht, haben beide Parteien im subsidiären gesetzlichen Regelfall bei Vorliegen der Voraussetzung gemäß § 1035 Abs. 3 Satz 3 Alt. 2 ZPO das Recht zur Einleitung des gerichtlichen Ersatzbestellungsverfahrens.

- 45 Bei Durchführung des Ersatzbestellungsverfahrens übernimmt das staatliche Gericht die Bestellung. Dabei erfolgt abweichend vom Regelfall, in dem die Bestellung aufgrund privatrechtlicher Prozeßhandlungen der Parteien oder einbezogener privater Dritte erfolgt, Bestellung im Ausnahmefall durch Hoheitsakt. Denn soll das schiedsrichterliche Verfahren gefördert werden,<sup>57</sup> müssen für Komplikationen und Lücken im Bestellungsverfahren Auf-

<sup>52</sup> *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnr. 734; a.A. *Münch*, in: Münchener Kommentar, ZPO, 2. Aufl., vor § 1025 Rdnr. 1. Für die gerichtlichen Rechtsbehelfsverfahren gelten §§ 80 ff. ZPO allerdings unmittelbar, so *BGH*, Beschl. v. 27.03.2002 – III ZB 43/00 (Hamm), BGH-Datenbank, für den Nachweis der Vollmacht im Vollstreckbarerklärungsverfahren eines ausländischen Schiedsspruchs. Das ist folgerichtig, denn es handelt sich dabei um Verfahren vor staatlichen Gerichten und nicht vor dem Schiedsgericht.

<sup>53</sup> Selbst die Prozeßvollmacht für den staatlichen Zivilprozeß ist in Teilbereichen in ihrem gesetzlichen Umfang (§ 81 ZPO) beschränkbar (§ 83 Abs. 1 ZPO).

<sup>54</sup> Fragt der beisitzende Schiedsrichter bei der Partei, die ihn bestellt hat, wegen des Vorsitzenden nach, handelt es sich noch nicht um dessen Bestellung, sondern um dessen Benennung, vgl. zu den Definitionen Rdnr. 53 und Rdnr. 56.

<sup>55</sup> A.A. *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnr. 523.

<sup>56</sup> Im staatlichen Zivilprozeß folgt die Unwirksamkeit aus § 89 ZPO. Im schiedsrichterlichen Verfahren muß die Partei die Unwirksamkeit im Ersatzbestellungsverfahren geltend machen, vgl. näher Rdnrn. 285 ff. Unterläßt sie dies, heilt die Einlassung der Partei, da sie als konkludente Genehmigung der Bestellung zu werten ist.

<sup>57</sup> Bereits in der Regierungsbegründung des Gesetzentwurfes des Schiedsverfahrens-Neuregelungsgesetzes – SchiedsVfG, BT-Drucks. 13/5274, S. 1, heißt es zur Zielsetzung der Gesetzesänderung: „Ein zeitgemäßes und den internationalen Rahmenbedingungen angepaßtes Recht soll das Ansehen der Bundesrepublik Deutschland als Austragungsort internationaler Schiedsstreitigkeiten fördern. Ferner bietet es einen Anreiz, auch bei nationalen Streitigkeiten verstärkt von der Schiedsgerichtsbarkeit Gebrauch zu machen und damit die staatlichen Gerichte zu entlasten.“ Zum partnerschaftlichen Verhältnis zwischen staatlicher Rechtsprechung und



fanglösungen für die Fälle bereit stehen, in denen vorrangige privatautonome Lösungen dieser Art gescheitert oder unzureichend sind.<sup>58</sup> Dem dient das Ersatzbestellungsverfahren nach § 1035 Abs. 3 oder Abs. 4 ZPO.<sup>59</sup> Die Regelungsbedürftigkeit eines speziellen Verfahrens ergibt sich daraus, daß Bestellung nicht mittels Klage gegen den Nichtbestellenden durchsetzbar ist: Dies folgt nicht etwa daraus, daß einer Klage wegen des Ersatzbestellungsverfahrens das Rechtsschutzbedürfnis fehlt oder dadurch eine Zuständigkeitsumgehung droht, daß für eine etwaige Klage mangels Kompetenznorm jedenfalls nicht die Oberlandesgerichte zuständig sein können, bei denen aber die staatlichen Verfahren konzentriert sind.<sup>60</sup> Vielmehr können Prozeßhandlungen von vornherein nicht durch Klage erzwungen werden. Das Prozeßrecht knüpft an deren nicht fristgerechte Vornahme lediglich prozessuale Nachteile. In der Regel ist dies der unmittelbare Verlust des Rechts, es sei denn, die Verwirklichung des Rechtsnachteils erfordert einen darauf gerichteten Antrag, vgl. §§ 230 f. ZPO. Im Zusammenhang mit der Konstituierung besteht der prozessuale Nachteil darin, daß die andere Partei das Recht hat, die Bestellung bzw. Anordnung der konstituierungsrelevanten Maßnahme durch das Gericht zu beantragen. Das Ersatzbestellungsverfahren steht deshalb gemäß § 1035 Abs. 3 oder Abs. 4 ZPO für alle denkbaren Konstellationen bereit, in denen eine erstmalige Bestellung eines Schiedsrichters scheitert.

Werden die bisherigen Überlegungen zur Bestellungskompetenz zusammengefaßt, folgt aus § 1035 ZPO:

46

- Bestellungsfähigkeit setzt Prozeßfähigkeit voraus.
- Bestellungsbefugnis und Kompetenz für das Bestellungsverfahren liegen bei den Parteien, vgl. § 1035 Abs. 1 und 2 ZPO.
- Fehlen Parteivereinbarungen, bestellt im gesetzlichen Regelfall des Dreier-Schiedsgerichts jede Partei einen beisitzenden Schiedsrichter, die ihrerseits in Stellvertretung der Parteien den Vorsitzenden bestellen, § 1035 Abs. 3 Satz 2 ZPO.
- Für Lücken sowie Komplikationen im Verlaufe der Konstituierung besteht eine gerichtliche Ersatzzuständigkeit, §§ 1035 Abs. 3 und Abs. 4 ZPO.

---

Schiedsgerichtsbarkeit *Hirsch*, Schiedsgerichte – ein Offenbarungseid für die staatlichen Gerichte?, *SchiedsVZ* 2003, 49, 50.

<sup>58</sup> Die weniger schiedsgerichtsverfahrensfreundliche Alternative wäre gewesen, die Parteien bereits im Falle zwischen ihnen unlösbarer Konstituierungsschwierigkeiten zurück auf den Rechtsweg zu den staatlichen Gerichten zu zwingen.

<sup>59</sup> Ausführlich Rdnrn. 225 ff.

<sup>60</sup> So aber *Münch*, in: Münchener Kommentar, ZPO, 2. Aufl., § 1035 Rdnr. 15. Auf das fehlende Rechtsschutzbedürfnis stellt auch *Schlosser*, in: Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl., § 1035 Rdnr. 7, ab. Im Ergebnis ebenfalls wie hier, allerdings ohne Begründung: *Geimer*, in: Zöller, ZPO, 26. Aufl., § 1035 Rdnrn. 16 und 19; *Schütze*, Schiedsgericht und Schiedsverfahren, 3. Aufl., Rdnr. 31. A.A. ebenfalls ohne Begründung *Hartmann*, in: Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 65. Aufl., § 1035 Rdnr. 5.

Für die Definition der Bestellung bedeutet dies: Da die Bestellungsbefugnis abgestuft verteilt ist, muß sich Bestellung unabhängig vom Bestellenden definieren. Weder Besteller noch Bestellender haben also an der Definition der Bestellung Anteil.

**c) Bindungswirkung ohne Mitwirkung des zu Bestellenden**

- 47 Die rechtlichen Wirkungen der Bestellung erschließt § 1035 Abs. 2 ZPO mit folgendem Wortlaut:

„Sofern die Parteien nichts anderes vereinbart haben, ist eine Partei an die durch sie erfolgte Bestellung eines Schiedsrichters gebunden, sobald die andere Partei die Mitteilung über die Bestellung empfangen hat.“

Die Regelung beinhaltet die Modalitäten des gesetzlichen Regelfalls, unter denen Bindungswirkung eintritt. Diese Modalitäten unterliegen zugleich dem allgemeinen Parteivorbehalt. Demnach läßt sich der inhaltliche Kern des § 1035 Abs. 2 ZPO abstrahieren. Die tragende Aussage der Norm lautet: Bestellung beinhaltet Bindungswirkung. An eine erfolgte Bestellung gebunden zu sein, heißt mit anderen Worten, die Bestellungskompetenz ausgeschöpft zu haben. Wird § 1035 Abs. 2 Halbsatz 3 ZPO zugrunde gelegt, folgt weiter, daß der richtige Erklärungsempfänger die Mitteilung über die Bestellung empfangen haben muß, sie ihm also zugegangen sein muß. Im Hinblick auf das Bemühen um eine Definition der Bestellung ist diese Auslegung in zweifacher Hinsicht zu hinterfragen, und zwar, ob sie womöglich die Voraussetzungen von § 1035 Abs. 2 Halbsatz 3 ZPO, der ausdrücklich den Zugang bei der anderen Partei fordert, verkürzt, und ob es überhaupt gerechtfertigt ist, Zugang zum Definitionsmerkmal der Bestellung zu zählen (dies wird sich als unberechtigt erweisen).

- 48 Die Verkürzung ist nur scheinbar: Allein der voranstehenden Eingrenzung in § 1035 Abs. 2 Halbsatz 2 ZPO – „eine Partei an die durch sie erfolgte Bestellung“ – ist zuzuschreiben, daß die andere Partei gemäß § 1035 Abs. 2 Halbsatz 3 ZPO dann richtiger Erklärungsempfänger ist. Da sich die Bedeutung der Bestellung als nicht vom Bestellenden abhängig gezeigt hat, liegt es bereits nahe, auch den konkret richtigen Erklärungsempfänger einer Mitteilung über die Bestellung als nicht vorausgesetzt zu betrachten. Jedenfalls spricht nichts dagegen, diese Frage der Vereinbarung durch die Parteien zu überlassen und somit nicht zum Kern der Bestellung zu zählen.<sup>61</sup> Daß jedenfalls nicht stets die andere Partei richtiger Adressat der Mittei-

---

<sup>61</sup> Dieser Aspekt der Regelung nimmt also am Parteivorbehalt teil, vgl. *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnr. 518. In der administrierten Schiedsgerichtsbarkeit tritt die Bindungswirkung teils aufgrund ausdrücklicher Regelung mit Benennung gegenüber der Schiedsgerichtsinstitution ein, vgl. z.B. § 12.1 letzter Satz DIS-VerfO.

lung über die Bestellung ist, zeigt das Ersatzbestellungsverfahren zum Beispiel gemäß § 1035 Abs. 3 Satz 3 Alt. 1 ZPO für den Fall eines gesetzlichen Deier-Schiedsgerichts, in dem eine Partei keinen Schiedsrichter bestellt hat: Beantragt die andere Partei die Ersatzbestellung durch das Gericht und verhandelt dieses nicht mündlich,<sup>62</sup> sind beide Parteien Erklärungsempfänger der gerichtlichen Mitteilung über die Bestellung: Denn das Gericht entscheidet durch Beschluß, § 1063 Abs. 1 Satz 1 ZPO, der im Fall unterbleibender mündlicher Verhandlung grundsätzlich formlos zuzustellen ist, § 329 Abs. 2 Satz 1 ZPO. Bei formloser Zustellung erfordert die Wirksamkeit der gerichtlichen Entscheidung stets zwar lediglich die formlose Mitteilung über die Entscheidung; diese muß aber alle Verfahrensbeteiligte erreichen, damit die Entscheidung Wirksamkeit erlangt.<sup>63</sup> Deshalb sind Zustellungsadressaten und mithin richtige Erklärungsempfänger der gerichtlichen Bestellung eines Schiedsrichters beide Parteien. Dieses Gegenbeispiel zeigt, daß Bestellung unabhängig vom Adressaten der Mitteilung über die Bestellung zu definieren ist.

Geht man auf die Frage hin, ob Zugang zum Kern der Bestellung gehört, oder ob dieser nur in besonderen Fällen erforderlich ist, von dem Grundfall der Bestellung durch die Parteien aus, ist gegen die Parteivereinbarung, daß die bestellende Partei bereits mit Absenden der Bestellung gebunden ist, nichts einzuwenden. Außerdem normiert § 1059 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. b) Alt. 1 ZPO als Aufhebungsgrund für einen Schiedsspruch, daß die Antragstellerseite „von der Bestellung eines Schiedsrichters ... nicht gehörig in Kenntnis gesetzt worden ist“. Die Formulierung „nicht gehörig in Kenntnis gesetzt“ kann hier nicht Kenntnis der Antragstellerseite im Rechtssinn meinen: Denn erstens ist nach dem Wortlaut gerade nicht erforderlich, daß die Partei Kenntnis haben muß, sondern sie lediglich gehörig in Kenntnis zu setzen ist. Und zweitens kann, wenn eine Partei das schiedsrichterliche Verfahren betreibt, die andere sich aber „tot stellt“ und in der Tat faktisch keine Kenntnis von Bestellung und weiterem Verfahren nimmt, die obstruierende Partei schwerlich mit einem Aufhebungsgrund belohnt werden. Aus beidem folgt, daß Bestellung nicht Kenntnis, sondern allenfalls Zugang der Erklärung über die Bestellung erfordert. § 1059 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. b) Alt. 1 ZPO verdeutlicht durch die Formulierung „von der Bestellung eines Schiedsrichters ... nicht gehörig in Kenntnis gesetzt worden ist“ dann aber weiter, daß selbst Zugang keine Voraussetzung der Bestellung sein kann: Die Norm geht gerade davon aus, daß es zur Bestellung auch ohne Inkennntnissetzen gekommen ist. Daraus folgt, daß Zugang für Bestellung grundsätzlich also irrelevant ist.

49

<sup>62</sup> Eine mündliche Verhandlung ist gesetzlich nicht vorgeschrieben, vgl. näher zum Verfahren Rdnrn. 243 ff.

<sup>63</sup> Reichhold, in: Thomas/Putzo, ZPO, 27. Aufl., § 329 Rdnrn. 6 f.

- 50 Dieses Ergebnis wird bestätigt durch eine Kontrollüberlegung in dem soeben bereits erörterten Beispiel<sup>64</sup> der Ersatzbestellung, wenn es dahin modifiziert wird, daß diesmal mündlich verhandelt wird: Dann entscheidet das Oberlandesgericht über die Bestellung des Schiedsrichters wieder durch Beschluß, § 1063 Abs. 1 Satz 1 ZPO, der allerdings gemäß § 329 Abs. 1 Satz 1 ZPO zu verkünden ist. Die gerichtliche Bestellung des Schiedsrichters wird in diesem Fall mit der Verkündung wirksam. Dies gilt gemäß § 329 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 ZPO i.V.m. § 312 Abs. 1 Satz 2 ZPO auch dann, wenn eine Partei bei Verkündung abwesend ist, ihr die Mitteilung über die Bestellung also gerade nicht zugeht.<sup>65</sup>
- 51 Als Zwischenergebnis folgt aus § 1035 Abs. 2 ZPO für die Definition der Bestellung: Im Rahmen der Konstituierung ist Bestellung die für den Bestellungsbefugten Bindungswirkung entfaltende Prozeßhandlung. Fehlt eine Parteivereinbarung über die Bindungswirkung, setzt diese den Zugang der Mitteilung über die Bestellung bei dem richtigen Erklärungsempfänger voraus. Inhalt der Mitteilung muß bei Fehlen von Vereinbarungen lediglich die Bestellung einer konkreten Person als Schiedsrichter sein. Dafür reicht es, wenn die Person eindeutig bestimmbar ist. Denn bereits dann wird die andere Partei in die Lage versetzt, Erkundigungen über ablehnungsrelevante Umstände einzuholen. In der Praxis werden – was verfahrensrechtlich aber nicht erforderlich ist – in aller Regel neben dem Namen und der Anschrift Telefon- und Telefaxanschlüsse mitgeteilt.<sup>66</sup> Die Mitteilung muß im subsidiären gesetzlichen Regelfall, in dem die Parteien nichts anderes vereinbart haben, von der Partei selbst ausgehen. Es reicht also nicht, wenn der von der Partei bestellte Schiedsrichter sich von sich aus bei der anderen Partei meldet,<sup>67</sup> ohne daß die Partei den Schiedsrichter dazu ermächtigt hat (dann wäre der Schiedsrichter lediglich Erklärungsbote). Denn die Mitteilung des Schiedsrichters ohne Ermächtigung würde die Verfahrensherrschaft der Partei beeinträchtigen, da sie den Schiedsrichter noch gar nicht wirksam bestellt hat, bevor diese dies der anderen Partei mitteilt. Die Bestellung ist aber in dem hier zugrunde liegenden Fall allein von der Partei vorzunehmen, die darüber disponieren kann.

---

<sup>64</sup> Siehe Rdnr. 48.

<sup>65</sup> Allerdings könnten die Parteien Zugang als Voraussetzung der Bindungswirkung auch für den Fall der Ersatzbestellung vereinbaren. Dies folgt aus § 1035 Abs. 5 Satz 1 ZPO, nach dem das staatliche Gericht auch im Ersatzbestellungsverfahren alle Voraussetzungen der Parteivereinbarung zu beachten hat. Sieht die Parteivereinbarung also vor, daß die Mitteilung über die Bestellung eines Schiedsrichters der anderen Partei zugehen muß, dann wird die Ersatzbestellung auch erst mit Zugang wirksam.

<sup>66</sup> *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnr. 518; *Münch*, in: Münchener Kommentar, ZPO, 2. Aufl., § 1035 Rdnr. 6. Das *OLG Dresden*, Beschl. v. 20.02.2001 – 11 SchH 02/00, DIS-Datenbank, vertritt ohne Begründung demgegenüber die Auffassung, eine ordnungsgemäße Mitteilung erfordere u.a. die Angabe des Namens und der ladungsfähigen Anschrift des Schiedsrichters.

<sup>67</sup> *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnr. 520; *Münch*, in: Münchener Kommentar, ZPO, 2. Aufl., § 1035 Rdnr. 10. A.A. *Schlosser*, in: Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl., § 1035 Rdnr. 1 a.E., der meint, im Regelfall könne unterstellt werden, daß sich der Schiedsrichter mit entsprechender Vollmacht der Partei melde.

Auf die zweite der eingangs gestellten Grundfragen lautet folglich die Antwort: Bestellung bindet entsprechend der Parteivereinbarung; im gesetzlichen Regelfall mit Zugang der darauf gerichteten Erklärung bei der anderen Partei. Verbleibt die dritte Frage nach der Beteiligung des Schiedsrichters an seiner Bestellung. § 1035 Abs. 2 ZPO macht auch insoweit eine bedeutende Aussage – durch Nichterwähnung: Der Schiedsrichter ist an seiner Bestellung unbeteiligt. Andere Normen legen keine andere Beurteilung nahe. Dies mag verblüffen und wird vereinzelt übersehen,<sup>68</sup> ist aber dogmatisch zwingend. Bestellung vollzieht sich mithin ohne jede Beteiligung des betreffenden Schiedsrichters. Allerdings ist Bestellung ausnahmslos die prozessuale Seite der Übertragung des Schiedsrichteramts; die materiellrechtliche des Schiedsrichtervertrags ist davon unabhängig.

#### d) Definition

Die vorstehenden Überlegungen führen zur vollständigen Definition: 53

Bestellung überträgt einer Person das Schiedsrichteramt, setzt Bestellungskompetenz voraus und ist in deren Ausübung diejenige auf die Konstituierung des Schiedsgerichts gerichtete Prozeßhandlung, die den Bestellenden bindet.

## 2. Bestellung in Abgrenzung zu Benennung / Ernennung

Die Definition der Bestellung gibt vor, welche weiteren prozeduralen Etappen der Konstituierung zu definieren sind: Auf der einen Seite muß es konstituierungsbezogene Handlungen geben, die gegenüber der Bestellung noch ein Weniger sind, weil sie ihr gegenüber ein Defizit aufweisen. Dafür soll der Begriff Benennung<sup>69</sup> stehen. Auf der anderen Seite wird es erforderlich, den betreffenden Schiedsrichter mit einzubeziehen und damit den entscheidenden Zeitpunkt der prozeßrechtlichen Annahme des Schiedsrichteramts als Mehr gegenüber der Bestel-

<sup>68</sup> Wie hier: *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnr. 519; *Münch*, in: Münchener Kommentar, ZPO, 2. Aufl., § 1035 Rdnr. 6; *Reichold*, in: Thomas/Putzo, ZPO, 27. Aufl., § 1035 Rdnr. 5. Ein anderes Grundverständnis folgt aus der soeben bereits zitierten Entscheidung des *OLG Dresden*, Beschl. v. 20.02.2001 – 11 SchH 02/00, DIS-Datenbank: Unter I. der Gründe wird dort u.a. eine Erklärung des Schiedsrichters gefordert, das Schiedsrichteramt übernehmen zu wollen. Eine Begründung für diese Forderung fehlt jedoch und ist auch nicht ersichtlich. Die Bestellung ohne vorherige Anfrage beim Schiedsrichter kommt auch in der Praxis vor: vgl. eine Benennung in der Schiedsvereinbarung in *OLG Hamm*, Beschl. v. 22.07.2002 – 17 SchH 13/01, DIS-Datenbank; vermutlich auch die Bestellung in *OLG Koblenz*, Beschl. v. 04.06.1999 – 2 SchH 01/99, DIS-Datenbank, da der Antrag auf Ersatzbestellung aufrecht erhalten wurde, obwohl ein Schiedsrichter in einem gerichtlichen Vergleich bestellt worden war.

<sup>69</sup> Der Begriff ist taucht im 10. Buch der ZPO nicht auf, orientiert sich jedoch an der Entscheidung *BGH*, Urt. v. 24.02.2005 – II ZR 365/02 (Celle), BGH-Datenbank: Nach einem Vertrag war ein Sachverständiger für ein Schiedsgutachtenverfahren von der IHK zu bestellen. Der *BGH* ließ es genügen, daß dieser „lediglich benannt“ worden war, vgl. im 2. Absatz der Gründe zu 3. Benennung ist nach dieser Terminologie weniger als Bestellung. Der Begriff steht zudem in Übereinstimmung mit § 40 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 DRiG, vgl. dazu Rdnr. 121.

lung zu bezeichnen: Das ist die Ernennung.

**a) Benennung**

55 Der Fall des Weniger gegenüber der Bestellung kann auf mehreren Gründen beruhen:

- Der Person fehlt die Bestellungskompetenz. Es besteht mithin lediglich ein Vorschlagsrecht, die Bestellung selbst erfolgt durch eine andere Person.
- Der Person fehlt Bindungswille, so daß sie trotz bestehender Kompetenz zunächst lediglich einen Bestellungsantrag unterbreitet.
- Es fehlt an sonstigen parteivereinbarten oder gesetzlichen Voraussetzungen der Bestellung.

56 Da hier die Defizite gegenüber der Bestellung vielfältig sein können, sie womöglich auch kombiniert auftreten, ist eine Definition durch negative Abgrenzung geboten:

Benennung ist jede konstituierungsbezogene Bezeichnung einer Person als Schiedsrichter, die aus irgendeinem Grund keine Bestellung ist.

57 Für Benennung gilt: Ihre Regelung obliegt in gleichem Maße wie die Bestellung der Parteivereinbarung, denn sie ist ihr gegenüber ein Weniger. Benennung durch die Parteien, aber Bestellung durch die Schiedsgerichtsorganisation ist der Regelfall in der institutionalisierten Schiedsgerichtsbarkeit.<sup>70</sup> Art. 5.5 Satz 1 LCIA-VerfO spricht diesen Verfahrensgrundsatz ausdrücklich aus; sonst ergibt er sich aus der Systematik der Verfahrensordnungen, zum Beispiel § 17.1 und 2 DIS-VerfO. Benennung ist genauso Prozeßhandlung, denn sie dient der unmittelbaren Vorbereitung der Prozeßhandlung der Bestellung. Eine prozeßrechtliche Pflicht zur Vornahme der Benennung besteht weder für die Partei selbst noch für benennungsbefugte Dritte. Genauso wie Bestellung ist Benennung nicht mittels Klage gegen den Nichtbenennenden durchsetzbar. Statt dessen steht auch für die Benennung das Ersatzbestellungsverfahren gemäß § 1035 Abs. 4 ZPO zur Verfügung.<sup>71</sup>

---

<sup>70</sup> Vgl. *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnrn. 1508 ff. zur ICC-VerfO, Rdnrn. 1609 ff. zur LCIA-VerfO und Rdnrn. 1707 ff. zur DIS-VerfO. Vgl. auch *Wolf*, Die institutionelle Handelsschiedsgerichtsbarkeit, S. 124 ff., sowie ausführlich zu Rechtsbeziehungen zwischen der Institution und den Parteien S. 80 ff.

<sup>71</sup> Vgl. zur parallelen Argumentation bei der Bestellung Rdnr. 45.

## b) Ernennung

Verbleibt der Fall des Mehr gegenüber der Bestellung: 58

Ernennung bedeutet, daß zu der Bestellung des Schiedsrichters dessen prozeßrechtliche Erklärung der Annahme des Schiedsrichteramts hinzukommt. Ernennung ist bindend für beide Parteien und den Schiedsrichter.<sup>72</sup>

Ernennung ist Voraussetzung für die tatsächliche Befugnis, das Schiedsrichteramt auszuüben. Bestellung zum Schiedsrichter kann sich ohne den zu Bestellenden vollziehen. Soll die bestellte Person aber das übertragene Schiedsrichteramt tatsächlich ausüben, dann muß sie aus ihrer Sicht zumindest prozeßrechtlich Schiedsrichter sein. Dies erfordert die Annahme des Prozeßrechtsverhältnisses durch den Schiedsrichter – nicht aber bereits den Abschluß eines Schiedsrichtervertrages auf der von der prozessualen unabhängigen materiellen Ebene. Auch die Annahmeerklärung des Schiedsrichters ist Prozeßhandlung.<sup>73</sup> Sie ist eine ausnahmsweise höchstpersönliche Prozeßhandlung. Dies folgt aus der Höchstpersönlichkeit des Schiedsrichteramts selbst.<sup>74</sup> Denn ist darin Stellvertretung nicht möglich, so muß Stellvertretung in der das Schiedsrichteramt von Seiten des Schiedsrichters konstitutiv begründenden Erklärung erst recht unzulässig sein. 59

Ernennung ist deshalb vor allem jeweils Voraussetzung dafür, daß im subsidiären gesetzlichen Regelfall eines Dreier-Schiedsgerichts die als beisitzende Schiedsrichter Bestellten nach § 1035 Abs. 3 Satz 2 ZPO befugt sind, den Vorsitzenden zu bestellen. Diese Bestellungskompetenz knüpft bereits an das prozeßrechtlich angenommene Schiedsrichteramt an. Denn konsequent heißt es in § 1035 Abs. 3 Satz 2 ZPO „Schiedsrichter“ und nicht Schiedsrichterkandidat oder „eine Person, der ein Schiedsrichteramt angetragen wird“, vgl. § 1036 Abs. 2 Satz 1 ZPO. In der Vornahme der Bestellung wird mangels entgegenstehender Anhaltspunkte aber eine konkludente Annahme des Schiedsrichteramts liegen. 60

Die Annahmeerklärung ist als Prozeßhandlung ebenfalls bedingungsfeindlich. Daraus ergeben sich in der Praxis unter zwei Aspekten Probleme: Zum Teil erklären zu Schiedsrichtern bestellte staatliche Richter die Annahme des Schiedsrichteramts unter der Bedingung der Erteilung der noch ausstehenden Nebentätigkeitsgenehmigung; zum Teil wird die Erklärung auch 61

<sup>72</sup> Diese Definition steht in Übereinstimmung der Verwendung des Begriffs Ernennung in § 1034 Abs. 2 ZPO, vgl. zur Herleitung und Begründung Rdnrn. 69 f.

<sup>73</sup> Denn auch die Annahmeerklärung zielt auf die Herbeiführung des prozessualen Erfolges der Konstituierung und hat ihre rechtliche Grundlage im Prozeßrecht. Sie hat im Gesetz zwar keine Regelung gefunden. Ihre Rechtsnatur folgt aber daraus, daß sie das Pendant zur Bestellung von Seiten des Schiedsrichters ist. Da Bestellung eine Prozeßhandlung ist, muß auch die darauf gerichtete Annahmeerklärung Prozeßhandlung sein.

<sup>74</sup> Vgl. zur Höchstpersönlichkeit des Schiedsrichteramts *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnrn. 1884 ff.

an den Abschluß eines Schiedsrichtervertrages (eines bestimmten oder noch auszuhandelnden Inhalts) geknüpft. Die Praxis betrachtet beides als unproblematisch.<sup>75</sup> Da jedoch in beiden Fällen keine – grundsätzlich zulässige – innerprozessuale Bedingung vorliegt, ist die Annahmeerklärung als Prozeßhandlung zunächst unwirksam. Nimmt das Verfahren seinen Fortgang, ist spätestens in der Teilnahme an der ersten Kollegialentscheidung bzw. der ersten verfahrensleitenden Einzelentscheidung eine konkludente Wiederholung der Annahme mit der Folge der Ernennung zu sehen, wenn zu diesem Zeitpunkt die Bedingung bereits eingetreten ist. In aller Regel wirkt sich der Verfahrensverstoß also nicht aus.<sup>76</sup>

### 3. Beendigung des Schiedsrichteramts

- 62 Es ist von wesentlichem prozessualen Interesse, den Gegenbegriff zur Bestellung zu bestimmen. Denn solange schiedsrichterbezogen das prozessuale Gegenteil der Bestellung eines Schiedsrichters nicht durchgeführt worden ist, bleibt der Betreffende Schiedsrichter und ist weiter befugt, als Schiedsrichter zu fungieren. Vor allem aber berührt dies mittelbar die Zulässigkeit derjenigen konstituierungsbezogenen Rechtsbehelfe, mit denen begehrt wird, eine Person aus dem Schiedsrichteramts zu entfernen.
- 63 Der gesetzlich verwendete Gegenbegriff zur Bestellung ist die Beendigung des Schiedsrichteramts, vgl. § 1038 Abs. 1 Satz 2 ZPO sowie § 1039 Abs. 1 Satz 1 ZPO. Auch diese ist Prozeßhandlung mit den bereits erörterten Konsequenzen.<sup>77</sup>
- 64 Schiedsrichterbezogen kann Beendigung auf verschiedene Weise bewerkstelligt werden, vgl. § 1039 Abs. 1 Satz 1 ZPO: Sie kann aufgrund einer einseitigen Prozeßhandlung des Schiedsrichters erfolgen, denn nach einem „Rücktritt“ des Schiedsrichters, also nach einer Kündigung des Prozeßrechtsverhältnisses, endet das Schiedsrichteramts, so vorausgesetzt von § 1038 Abs. 1 Satz 1 ZPO letzter Halbsatz, erste Alternative, sowie § 1039 Abs. 1 Satz 1 ZPO. Da hier die Beendigung des Schiedsrichteramts allein vom Schiedsrichter ausgeht, ist „Rücktritt“/Kündigung strukturell der Gegenbegriff zur Ernennung. Anstatt durch einseitige Prozeßhandlung des Schiedsrichters kann die Beendigung aufgrund eines Prozeßvertrags zwischen den Parteien erfolgen, wenn diese die Beendigung des Schiedsrichteramts vereinbaren, vgl. § 1038 Abs. 1 Satz 1 ZPO letzter Halbsatz, zweite Alternative. Beendigung kann außerdem durch Hoheitsakt erfolgen, wenn ein Gericht nach einem Rechtsbehelf einer der

<sup>75</sup> Kritisch *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnr. 521.

<sup>76</sup> Ausnahmen sind indes denkbar: Einigen sich die Parteien vor Bedingungseintritt, können sie versuchen, Schiedsrichtervergütung zu sparen, denn auch nach Abschluß des Schiedsrichtervertrages bleibt die Einrede, daß der Betreffende das Schiedsrichteramts gar nicht wirksam angenommen hat.

<sup>77</sup> Vgl. Rdnrn. 39 ff.



Parteien nach §§ 1037 Abs. 3 Satz 1, 1038 Abs. 1 Satz 2 ZPO die Beendigung des Schiedsrichteramts durch Beschluß ausspricht. Eine Beendigung durch Hoheitsakt muß auch im Verfahren nach § 1034 Abs. 2 ZPO dann erfolgen, wenn bereits ein Schiedsrichter ernannt worden war und das Gericht eine abweichende Bestellung vornimmt. Die Beendigung des Schiedsrichteramts eines von einer Partei abgelehnten Schiedsrichters kann schließlich durch eine Entscheidung des Schiedsgerichts erfolgen, vgl. § 1037 Abs. 2 Satz 2 ZPO. Zusammengefaßt führt entweder eine Prozeßhandlung des Schiedsrichters, ein Prozeßvertrag zwischen den Parteien, ein staatlicher Hoheitsakt oder eine schiedsgerichtliche Entscheidung zur Beendigung des Schiedsrichteramts. Beendigung erfordert in diesen Fällen stets einen konstitutiven Akt. Stirbt ein Schiedsrichter, dann führt dies ausnahmsweise zur faktischen Beendigung,<sup>78</sup> denn das Schiedsrichteramt ist höchstpersönlich, also nicht vererblich.<sup>79</sup> Der Antrag auf Beendigung des Schiedsrichteramts ist in diesem Fall nicht statthaft, weil eine konstitutive Gestaltungsentscheidung durch den Wegfall des betreffenden Rechtssubjekts nicht mehr ergehen kann. Die Entscheidung wäre lediglich deklaratorisch. Feststellung ist aber nicht nur unnötig, sondern im Beendigungsverfahren unzulässig.<sup>80</sup>

All dies sind jedoch „pathologische“ Fälle. Der Regelfall der Beendigung des Schiedsrichteramts vollzieht sich mittels eines Automatismus: Endet schiedsgerichtsbezogen gemäß § 1056 Abs. 3 ZPO das sogenannte Amt des Schiedsgerichts,<sup>81</sup> weil das Verfahren seinen endgültigen Abschluß gefunden hat, endet automatisch das Amt des einzelnen Schiedsrichters. Denn der Schiedsrichter hat dann keine Funktion mehr. Im Regelfall eines schiedsrichterlichen Verfahrens ohne konstituierungsbezogene Komplikationen bleiben die Schiedsrichter bis zu diesem Zeitpunkt der Beendigung des Amts des Schiedsgerichts Schiedsrichter, weil die anderen Beendigungsgründe – mit Ausnahme des Todes – konstitutiv eine beendigungsbezogene Handlung oder Entscheidung voraussetzen. Fällt aber das Schiedsgericht weg, können auch dessen (ehemalige) Mitglieder kein Amt mehr haben.

65

## II. Schiedsgerichtsbezogene Etappen

Nachdem die schiedsrichterbezogenen Etappen der Konstituierung definiert sind, interessieren nun die gesetzlichen Etappen der Konstituierung in Bezug auf das Schiedsgericht. Das Gesetz verwendet zwei Bezeichnungen: in § 1032 Abs. 2 ZPO „Bildung des Schiedsgerichts“

66

<sup>78</sup> Lachmann, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnr. 1965; Münch, in: Münchener Kommentar, ZPO, 2. Aufl., § 1038 Rdnr. 8; vgl. auch die seinerzeit ausdrückliche Regelung in § 1033 Nr. 1 ZPO a.F.

<sup>79</sup> Lachmann, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnr. 1884; Münch, in: Münchener Kommentar, ZPO, 2. Aufl., vor § 1034 Rdnr. 12; Voit, in: Musielak, ZPO, 5. Aufl., § 1035 Rdnr. 23.

<sup>80</sup> Zur Statthaftigkeit des Beendigungsverfahrens vgl. Rdnrn. 282 ff.

<sup>81</sup> Vgl. Rdnrn. 74 ff.

und insbesondere in § 1034 Abs. 2 ZPO „Zusammensetzung des Schiedsgerichts“. Wie schon für die schiedsrichterbezogenen Etappen der Konstituierung fehlen auch hier Legaldefinitionen, so daß der Inhalt durch Auslegung zu ermitteln ist.

## 1. Bildung des Schiedsgerichts

67 Für die erste schiedsgerichtsbezogene Etappe fällt dies leicht:

Die Bildung des Schiedsgerichts als schiedsgerichtsbezogene Etappe der Konstituierung ist vollzogen, wenn alle nach der Parteivereinbarung erforderlichen Schiedsrichter ernannt sind.<sup>82</sup>

Dies folgt aus dem Rechtsschutzziel des Antrags nach § 1032 Abs. 2 ZPO i.V.m. der Befugnis des Schiedsgerichts, über die eigene Zuständigkeit zu entscheiden, § 1040 Abs. 1 ZPO: Nach § 1032 Abs. 2 ZPO kann bei Gericht bis zur Bildung des Schiedsgerichts der Antrag auf Feststellung der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit des schiedsrichterlichen Verfahrens gestellt werden. Nach § 1040 Abs. 1 ZPO ist das Schiedsgericht allerdings ermächtigt, über die eigene Zuständigkeit zu entscheiden. Sobald aber alle erforderlichen Schiedsrichter ernannt sind, ist das Schiedsgericht auch in der Lage, über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit des schiedsrichterlichen Verfahrens selbst zu entscheiden.<sup>83</sup> Deshalb muß der Zeitpunkt der Ernennung aller Schiedsrichter die mit Bildung des Schiedsgerichts bezeichnete schiedsgerichtsbezogene Etappe der Konstituierung sein.

## 2. Zusammensetzung des Schiedsgerichts

68 Bei dem Abschluß der zweiten schiedsgerichtsbezogenen Etappe der Konstituierung muß es sich um einen bedeutsamen Moment handeln, denn mit der Zusammensetzung des Schiedsgerichts beginnt nach § 1034 Abs. 2 Satz 2 ZPO eine zweiwöchige Frist für den Antrag auf ab-

<sup>82</sup> Vgl. *Geimer*, in: *Zöller*, ZPO, 26. Aufl., § 1032 Rdnr. 25; *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnr. 457; *Reichold*, in: *Thomas/Putzo*, ZPO, 27. Aufl., § 1035 Rdnr. 6, i.V.m. § 1032 Rdnr. 5; *Schroeter*, Antrag auf Feststellung der Zulässigkeit eines schiedsrichterlichen Verfahrens, *SchiedsVZ* 2004, 288, 290; *BayObLG*, Beschl. v. 09.09.1999 – 4 Z Sch 03/99, DIS-Datenbank, unter II. A 1. der Gründe; *BayObLG*, Beschl. v. 10.12.1998 – 4 Z Sch 03/98, DIS-Datenbank, unter II. 1. c) der Gründe. Offen lassend, ob Bestellung oder Ernennung; *Huber*, Das Verhältnis von Schiedsgericht und staatlichen Gerichten bei der Entscheidung über die Zuständigkeit, *SchiedsVZ* 2003, 73, 74. Vgl. auch *OLG München*, Beschl. v. 28.06.2006 – 34 SchH 011/05, DIS-Datenbank, unter II. 6. der Gründe, das bei einem dauerhaft eingerichteten Beirat als Schiedsgericht für die Zulässigkeit eines Antrags nach § 1032 Abs. 2 ZPO auf den Zeitpunkt der Befassung des Schiedsgerichts mit der Angelegenheit abstellt.

<sup>83</sup> Hält das Schiedsgericht sich für zuständig, entscheidet es nach § 1040 Abs. 3 Satz 1 ZPO über die Rüge der Unzulässigkeit in der Regel durch Zwischenentscheid. Hält es sich für unzuständig, entscheidet es durch Prozeßschiedsspruch. Umstritten ist allerdings, ob der Antrag bei Gericht auch noch nach der Bildung des Schiedsgerichts zulässig ist, wenn das Schiedsgericht von der Möglichkeit eines Zwischenentscheids gemäß § 1040 Abs. 3 ZPO grundlos keinen Gebrauch macht. Dies ist zu verneinen, vgl. zum Streitstand *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnrn. 457 f.

weichende Schiedsrichterbestellung durch das Gericht. Für die Bestimmung des Beginns dieser Fristen muß der Zeitpunkt der Zusammensetzung des Schiedsgerichts klar definiert werden. Außerdem spielt die Zusammensetzung des Schiedsgerichts für § 1037 Abs. 2 Satz 1 ZPO im Verfahren der Schiedsrichterablehnung eine Rolle, so daß eine von § 1034 Abs. 2 ZPO unabhängige Definition gefunden werden muß.

Dafür ist § 1034 Abs. 2 ZPO näher zu untersuchen, der die Voraussetzungen und Rechtsfolgen eines Konstituierungsübergewichts regelt.<sup>84</sup> Nach Satz 1 der Vorschrift kann eine Partei bei Gericht beantragen, den oder die Schiedsrichter abweichend von der erfolgten Ernennung oder Ernennungsregelung zu bestellen, wenn die Schiedsvereinbarung der anderen Partei bei der Zusammensetzung des Schiedsgerichts ein Übergewicht gibt. § 1034 Abs. 2 ZPO ist also Schutznorm und eröffnet der geschützten Partei einen Rechtsbehelf zum staatlichen Gericht. Entsprechend dem Schutzzweck sollte die Zusammensetzung des Schiedsgerichts zu einem möglichst späten Zeitpunkt eintreten, um der geschützten Partei den Rechtsbehelf lange zu erhalten. Deshalb liegt es nahe, die Zusammensetzung des Schiedsgerichts schiedsrichterbezogen an die Ernennung der Schiedsrichter anzuknüpfen.

69

Dafür spricht auch die Formulierung des § 1034 Abs. 2 Satz 1 ZPO, der ausdrücklich auf Ernennung Bezug nimmt. Daß es nicht auf die Bestellung ankommen kann, ist folgerichtig: Ein Schiedsrichter, der aufgrund einer Parteivereinbarung bestellt wird, die zugunsten der bestellenden Partei ein Konstituierungsübergewicht enthält, nimmt das Schiedsrichteramt womöglich gar nicht an. Vor seiner Ernennung droht der von § 1034 Abs. 2 ZPO geschützten Partei aber kein Nachteil. Deshalb ist es konsequent, auf die Ernennung abzustellen. Außerdem zeigt die Formulierung „spätestens“ in § 1034 Abs. 2 Satz 2 ZPO, daß der Antrag bereits vor der Zusammensetzung des Schiedsgerichts zulässig ist. Somit ergeben sich für die geschützte Partei keine Probleme wegen etwaigen unzumutbaren Zuwartens.

70

Deshalb wäre für eine Definition der Zusammensetzung des Schiedsgerichts das Abstellen auf Ernennung aller Schiedsrichter konsequent.<sup>85</sup> Dafür spräche, daß der Partei vor diesem Zeitpunkt wiederum kein Nachteil droht: Denn eine Entscheidung des Schiedsgerichts setzt in jedem Fall die Ernennung aller Schiedsrichter voraus. Nach dem Vorstehenden bestünde zwischen den beiden schiedsgerichtsbezogenen Etappen der Konstituierung Zusammensetzung

71

<sup>84</sup> Ausführlich zu den Tatbestandsvoraussetzungen Rdnrn. 132 ff. und zum Ersetzungsverfahren Rdnrn. 300 ff.

<sup>85</sup> So wohl *Karl*, Die Gewährleistung der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Schiedsrichters, S. 9, der eine Definition des Tatbestandsmerkmals der Zusammensetzung des Schiedsgerichts schuldig bleibt. *Voit*, in: Musielak, ZPO, 5. Aufl., § 1034 Rdnr. 7, stellt auf den Zeitpunkt ab, in dem der Antragstellerseite die Namen aller Schiedsrichter bekannt sind, weil vorher kein Anlaß bestehe, sich mit Fragen der Neutralität sowie des Besetzungsmodus zu befassen. Es bleibt offen, ob die Schiedsrichter auch bestellt oder ernannt sein müssen. *Voit* folgend KG, Beschl. v. 21.04.2004 – 23 Sch 04/03, DIS-Datenbank.

und Bildung des Schiedsgerichts kein Unterschied. Folgende Überlegung verdeutlicht jedoch eine entscheidende Fragwürdigkeit dieses Verständnisses: Eine eindeutig von § 1034 Abs. 2 ZPO erfaßte Konstellation eines Konstituierungsübergewichts liegt dann vor, wenn in einem Dreier-Schiedsgericht jede Partei einen beisitzenden Schiedsrichter bestellt, eine Partei von vornherein aber allein den Vorsitzenden.<sup>86</sup> Wenn der mit Zusammensetzung bezeichnete Zeitpunkt mit dem der Bildung des Schiedsgerichts übereinstimmt, würde die Frist für den Rechtsbehelf nach § 1034 Abs. 2 Satz 2 ZPO beginnen, sobald alle drei Schiedsrichter ernannt sind. Dies kann nicht richtig sein, denn dann hätte es allein die von § 1034 Abs. 2 ZPO geschützte Partei in der Hand, den Zeitpunkt des Beginns der Frist des § 1034 Abs. 2 Satz 2 ZPO zu bestimmen: Sie bräuchte lediglich mit der Bestellung des von ihr zu bestellenden beisitzenden Schiedsrichters zuzuwarten. Solange die geschützte Partei keinen Schiedsrichter bestellt, können auch nicht alle Schiedsrichter ernannt sein, die Frist würde also nicht laufen. Diese Möglichkeit der Verfahrensverzögerung widerspricht dem Sinn einer gesetzlichen Frist: Der Beginn des Laufes einer Frist kann nicht allein von einer Mitwirkungshandlung der Partei abhängen, deren Handlung durch eben diese Frist präkludiert wird. Aus § 1034 Abs. 2 ZPO folgt daraus die Erkenntnis, daß ein Schiedsgericht bereits dann zusammengesetzt ist, wenn mindestens<sup>87</sup> diejenigen Schiedsrichter ernannt sind, für die die geschützte Partei nach der Parteivereinbarung keine Bestellungsbefugnis besitzt. Hier liegt auch der Unterschied zu § 1032 Abs. 2 ZPO, der an die Bildung des Schiedsgerichts nicht den Lauf einer Frist anknüpft, sondern mit diesem Zeitpunkt einen Rechtsbehelf ausschließt, der gerade darauf gerichtet ist, das gesamte schiedsrichterliche Verfahren wegen dessen Unzulässigkeit zu verhindern.<sup>88</sup> Die Partei muß einen solchen Rechtsbehelf solange nicht wahrnehmen, bis alle Schiedsrichter ernannt sind, weil nämlich bis zu diesem Zeitpunkt eine Entscheidung des Schiedsgerichts nicht droht. Bewerkestellt die andere Partei keine wirksame Bildung des Schiedsgerichts, braucht die Partei zu ihrer Verteidigung nichts zu unternehmen. Sie erreicht allein durch Zuwarten das mit dem Rechtsbehelf gewährte Rechtsschutzziel faktisch. Deshalb ist Zuwarten keine Obstruktion, sondern ein alternativer Weg der Verteidigung. Dies ist bei § 1034 Abs. 2 ZPO anders. Der Rechtsbehelf gewährt als Rechtsschutzziel, ein Konstituierungsübergewicht anzugreifen, nicht aber die Durchführung des schiedsrichterlichen Verfah-

---

<sup>86</sup> Bereits die Regierungsbegründung des Gesetzentwurfes des Schiedsverfahrens-Neuregelungsgesetzes – SchiedsVfG, BT-Drucks. 13/5274, Begründung zu § 1034 Abs. 2 ZPO, S. 39, nennt als Beispiel eine Bestimmung, die einer Partei größeren Einfluß auf die Ernennung eines Einzelschiedsrichters oder des dritten Schiedsrichters gewährt. Zu den einzelnen Fallgruppen vgl. Rdnrn. 137 ff.

<sup>87</sup> Die Einschränkung „mindestens“ ist geboten, weil bereits Schiedsrichter ernannt sein können, für die die betreffende Partei Bestellungsbefugnis hatte. Dies wäre unschädlich und spielt für die Zusammensetzung des Schiedsgerichts keine Rolle.

<sup>88</sup> Nur auf § 1032 Abs. 2 Alt. 2 ZPO wird es praktisch ankommen, denn eine Partei, die meint, das schiedsrichterliche Verfahren sei zulässig, wird auch einen Schiedsrichter bestellen, so daß es zur Zusammensetzung des Schiedsgerichts kommt.

rens im ganzen. Denn auch bei einem Konstituierungsübergewicht besteht für die Durchführung des schiedsrichterlichen Verfahrens kein Hindernis, weil die Schiedsvereinbarung weder nichtig, oder unwirksam, noch undurchführbar im Sinne § 1032 Abs. 1 ZPO ist.

Da die Zusammensetzung des Schiedsgerichts außer im Rahmen von § 1034 Abs. 2 ZPO bei Anwendung des § 1037 Abs. 2 Satz 1 ZPO eine Rolle spielt, ist zur Definition von der Terminologie des § 1034 Abs. 2 ZPO zu abstrahieren:

72

Zusammensetzung des Schiedsgerichts ist als schiedsgerichtsbezogene Etappe der Konstituierung stets aus der Sicht der betroffenen Partei zu bestimmen und ist dann erfolgt, wenn mindestens alle Schiedsrichter ernannt sind, für die diese Partei keine Bestellungsbefugnis besitzt.

Der Zeitpunkt der Zusammensetzung kann mit dem der Bildung des Schiedsgerichts zusammenfallen: Dies ist der Fall, wenn die von § 1034 Abs. 2 ZPO geschützte Partei entweder gar keine Bestellungsbefugnis hat oder – soweit die Parteivereinbarung dies zuläßt – bereits ihre Bestellungsbefugnis wahrgenommen hat und der betreffende Schiedsrichter spätestens ernannt ist, wenn auch die anderen Schiedsrichter ernannt werden. Wartet die geschützte Partei im letztgenannten Fall mit der Wahrnehmung ihrer Bestellungsbefugnis zu, erfolgt die Zusammensetzung des Schiedsgerichts aus Sicht der zuwartenden Partei allerdings vor der Bildung des Schiedsgerichts.

Die Richtigkeit der Definition der Zusammensetzung des Schiedsgerichts zeigt § 1037 Abs. 2 Satz 1 ZPO: Bei Fehlen anderer Vereinbarungen hat nach dieser Vorschrift eine Partei, die einen Schiedsrichter ablehnen will, innerhalb von zwei Wochen, nachdem ihr die Zusammensetzung des Schiedsgerichts bekannt geworden ist, dem Schiedsgericht schriftlich die Ablehnungsgründe darzulegen. Wird für die Zusammensetzung des Schiedsgerichts allein auf die Schiedsrichter abgestellt, für die der betreffenden Partei Bestellungsbefugnis fehlte, muß im gesetzlichen Ablehnungsverfahren die Ablehnung eines Schiedsrichters, für den die ablehnende Partei Bestellungsbefugnis hatte, ausscheiden. Nur dies ist sachgerecht, weil die Partei das Ablehnungsrecht sonst bei unliebsamem Verlauf zur Verfahrensverzögerung benutzen könnte, indem sie mit diesem Hintergedanken einen ablehnbaren Schiedsrichter bestellt. Daß dieses Prozedere ausgeschlossen ist, sieht § 1036 Abs. 2 Satz 2 ZPO vor: Danach kann eine Partei einen Schiedsrichter, den sie bestellt oder an dessen Bestellung sie mitgewirkt hat, grundsätzlich nicht ablehnen. Für eine Ablehnung kommen von vornherein also nur diejenigen Schiedsrichter in Betracht, auf die es auch bei § 1034 Abs. 2 ZPO ankommt. Die in § 1036 Abs. 2 Satz 2 ZPO vorgesehene Ausnahme, daß die Partei den Schiedsrichter, für den

73

sie Bestellungsbefugnis hatte, dennoch ablehnen kann, wenn ihr die Ablehnungsgründe erst nach der Bestellung bekannt geworden sind, nötigt zu keiner Einschränkung: Denn diese ausnahmsweise bestehende Ablehnungsmöglichkeit findet im gesetzlichen Ablehnungsverfahren seine ausdrückliche Erwähnung in § 1037 Abs. 2 Satz 1 ZPO: „... ein Umstand nach § 1036 Abs. 2 ...“. Damit ist auch die Ausnahme in Satz 2 der Vorschrift als Ablehnungsgrund einbezogen, nämlich wenn der ablehnenden Partei trotz Mitwirkung an der Bestellung der Ablehnungsgrund erst nach der Bestellung bekannt geworden ist.<sup>89</sup>

### 3. Beendigung des Amts des Schiedsgerichts

74

Für das Schiedsgericht besteht keine Existenznotwendigkeit mehr, wenn es seine Aufgabe vollendet hat und das schiedsrichterliche Verfahren endgültig abgeschlossen ist. Mit den Worten des Gesetzes „endet das Amt des Schiedsgerichts“<sup>90</sup> dann gemäß § 1056 Abs. 3 ZPO. Schiedsgerichtsbezogener Abschlußpunkt ist also die Beendigung des Amts des Schiedsgerichts. Dafür notwendige Voraussetzung ist nach § 1056 Abs. 3 ZPO die Beendigung des schiedsrichterlichen Verfahrens, die nach § 1056 Abs. 1 ZPO mit dem Erlaß des endgültigen Schiedsspruchs oder mit einem verfahrensbeendenden Beschluß nach § 1056 Abs. 2 ZPO erfolgt.<sup>91</sup> Eine dieser beiden Entscheidungsformen des Schiedsgerichts ist alternativ zwar notwendige, aber allein nicht hinreichende Voraussetzung der schiedsgerichtsbezogenen Beendigung des Amts:<sup>92</sup> Denn die Beendigung des Amts des Schiedsgerichts steht nach § 1056 Abs. 3 ZPO auch bei Vorliegen der notwendigen Voraussetzung der Beendigung des schiedsrichterlichen Verfahrens unter mehreren Vorbehalten. Das macht die Feststellung der Beendigung des Amts des Schiedsgerichts äußerst komplex. Sie ist aber unerlässlich, da die endgültige Beendigung des Amts des Schiedsgerichts im Regelfall erst zur Beendigung des Amts der Schiedsrichter führt. Wenn keine anderen schiedsrichterbezogenen Beendigungsgründe vorliegen, bleibt ein Schiedsrichter folglich bis zur schiedsgerichtsbezogenen Beendigung des Amts des Schiedsgerichts prozessual Schiedsrichter. Dies ist folgerichtig, da Schiedsrichtern solange noch verfahrensrechtliche Aufgaben zukommen können. Im folgenden sind deshalb

<sup>89</sup> Im Hinblick auf § 1037 Abs. 2 ZPO zeigt erst eine komplexe Auslegung die Richtigkeit der Definition, vgl. ausführlich Rdnrn. 334 ff.

<sup>90</sup> Nachdem es bereits problematisch ist, vom Schiedsrichteramt zu sprechen, ist es noch fragwürdiger, dem Schiedsgericht sprachlich eine Amtsfähigkeit zu unterstellen, vgl. Rdnr. 11. Es ermangelt aber wohl eines anderen griffigen Begriffs.

<sup>91</sup> Ausführlich zu den Voraussetzungen der einzelnen Alternativen eines Beschlusses nach § 1056 Abs. 2 ZPO *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnrn. 1148 ff.

<sup>92</sup> Deshalb endet auch das Schiedsrichteramt nicht automatisch in diesem Zeitpunkt. Dies wird gelegentlich übersehen, vgl. *Kröll*, Die Ablehnung eines Schiedsrichters nach deutschem Recht, ZZP 116 (2003), 195, 211 und 220, der meint, mit dem Erlaß des Schiedsspruchs ende das Amt automatisch gemäß § 1056 Abs. 3 ZPO. Ebenso *Mankowski*, Die Ablehnung von Schiedsrichtern, SchiedsVZ 2004, 304, 306; *Vollkommer*, Der Ablehnbare Richter, 2001, S. 355.

die einzelnen Vorbehalte des § 1056 Abs. 3 ZPO mit dem Ziel der Feststellung des Zeitpunkts zu untersuchen, in dem keiner dieser Vorbehalte mehr vorliegen kann.

#### a) Vorbehalt der Kostenentscheidung

Nach § 1056 Abs. 3 ZPO i.V.m. § 1057 Abs. 2 ZPO besteht das Schiedsgericht bis zur Entscheidung über die Kosten des schiedsrichterlichen Verfahrens fort, soweit die Parteien hinsichtlich der Befugnis des Schiedsgerichts, überhaupt über die Kosten zu entscheiden, Abweichendes nicht vereinbart haben, vgl. den Parteivorbehalt in § 1057 Abs. 1 Satz 1 ZPO. Entscheidung über die Kosten im Sinne des § 1057 ZPO beinhaltet nicht nur die Kostengrundentscheidung, die in aller Regel im Schiedsspruch über die Hauptsache erfolgen kann. Denn gemäß § 1057 Abs. 1 Satz 1 ZPO hat das Schiedsgericht im Schiedsspruch zu entscheiden, zu welchem Anteil die Parteien die Kosten des schiedsrichterlichen Verfahrens einschließlich der den Parteien erwachsenen und zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Kosten zu tragen haben. Die Kostenentscheidung im schiedsrichterlichen Verfahren umfaßt darüber hinaus aber auch die Kostenfestsetzung bzw. Kostenausgleichung. Denn das Schiedsgericht hat, soweit die Kosten des schiedsrichterlichen Verfahrens feststehen, gemäß § 1057 Abs. 2 Satz 1 ZPO darüber zu entscheiden, in welcher Höhe die Parteien diese Kosten zu tragen haben. Dies kann nach § 1056 Abs. 2 Satz 2 ZPO in gesondertem Schiedsspruch geschehen.<sup>93</sup> Dieser zeitlich spätere Kostenschiedsspruch wird der Regelfall bei einem streitigen Schiedsspruch oder einem Teilschiedsspruch sein. Denn entscheidet das Schiedsgericht in der Hauptsache aufgrund des Ergebnisses der mündlichen Verhandlung, steht zu diesem Zeitpunkt noch nicht fest, welche Partei einen Kostenerstattungsanspruch haben wird. Das Schiedsgericht wird daher kaum einer Partei bereits aufgeben, vorsorglich ihre Kostenberechnung einzureichen.<sup>94</sup> Dieser Zusammenhang zeigt, daß das Amt des Schiedsgerichts sogar im Regelfall nicht mit der Beendigung des schiedsrichterlichen Verfahrens nach § 1056 Abs. 1 ZPO endet. Deshalb ist das Schiedsrichteramt mit dem Ende des schiedsrichterlichen Hauptverfahrens nicht beendet, weil den Schiedsrichtern noch wesentliche Verfahrensaufgaben zukommen.

75

<sup>93</sup> Es handelt sich dabei um einen „echten“ Schiedsspruch mit der Konsequenz, daß die Anforderungen des § 1054 ZPO erfüllt sein müssen. Dies übersah das Schiedsgericht in dem der Entscheidung des *OLG Köln*, Beschl. v. 15.01.2004 – 9 Sch 17/03, DIS-Datenbank, zugrunde liegenden Verfahren, in dem eine Kostenentscheidung ohne Begründung lediglich vom Vorsitzenden unterzeichnet worden war. Der Erlaß des Kostenschiedsspruchs benötigt in aller Regel nicht unerhebliche Zeit, vgl. z.B. *OLG Bremen*, Beschl. v. 25.08.2000 – 2 Sch 4/2000, DIS-Datenbank: Der Schiedsspruch datierte vom 08. Mai 2000, der für vollstreckbar erklärte Kostenschiedsspruch vom 20. Juni 2000.

<sup>94</sup> *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnr. 1045.

76 Es handelt sich bei der Aufgabe der Kostenentscheidung nicht um eine rein formale Entscheidung, sondern um einen wesentlichen Teil des schiedsrichterlichen Verfahrens, so daß das Schiedsgericht auch dabei die allgemeinen schiedsrichterlichen Verfahrensgrundsätze zu beachten und vor allem rechtliches Gehör zu gewähren hat.<sup>95</sup> Denn die Kostenfestsetzung setzt im schiedsrichterlichen Verfahren in Ermangelung gesetzlicher Regelungen und bei Fehlen von Parteivorgaben eine Ermessensentscheidung voraus. Dabei stellen sich zum Teil schwierige Fragen im Zusammenhang mit der Entstehung und der Erstattungsfähigkeit der geltend gemachten anwaltlichen Kosten. Besondere Schwierigkeiten können zudem dann auftreten, wenn die Streitwerte einzelner im Schiedsgerichtsverfahren anhängiger Ansprüche noch nicht festgesetzt sind, da dann eine unzulässige Entscheidung des Schiedsgerichts in eigener Sache dadurch droht, daß die Streitwertfestsetzung die Schiedsrichtergebühren in aller Regel mit beeinflußt.<sup>96</sup> Die bestellten Schiedsrichter nehmen also bei der Entscheidung über die Kosten weiterhin originäre schiedsrichterliche Aufgaben wahr, vor deren Erfüllung – vorbehaltlich einer anderweitigen Beendigung nach § 1038 Abs. 1 ZPO – das Schiedsrichteramt nicht endet.

#### **b) Vorbehalt der Berichtigung, Auslegung und Ergänzung**

77 Gemäß § 1056 Abs. 3 ZPO i.V.m. § 1058 ZPO endet das Amt des Schiedsgerichts nach der Beendigung des schiedsrichterlichen Verfahrens außerdem nicht, solange ein Schiedsspruch zeitlich der Berichtigung, Auslegung und Ergänzung unterliegt. Insbesondere die Variante des Ergänzungsschiedsspruchs verdeutlicht, daß es sich auch bei diesen Aufgaben nicht um rein formale Entscheidungen des Schiedsgerichts handelt. Denn ein Ergänzungsschiedsspruch kann nach § 1058 Abs. 1 Nr. 3 ZPO über solche Ansprüche ergehen, die im schiedsrichterlichen Verfahren zwar geltend gemacht, im Schiedsspruch aber nicht behandelt worden sind.<sup>97</sup> Es kann also eine substantielle Entscheidung in der Sache ergehen. Dies gilt genauso für den Fall der Berichtigung des Schiedsspruchs nach § 1058 Abs. 1 Nr. 1 ZPO. Zwar handelt es sich hierbei um formelle Aspekte der Berichtigung wie „Rechen-, Schreib- und Druckfehler oder Fehler ähnlicher Art“. Auch dies kann sich jedoch auf den Inhalt des Schiedsspruchs ganz erheblich auswirken, da eine – zu Recht oder zu Unrecht – „berichtigte“ fehlende Null an der

<sup>95</sup> *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnr. 1044.

<sup>96</sup> Vgl. ausführlich zu dieser Problematik *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnrn. 1048 ff.

<sup>97</sup> Beispiel einer vom Schiedsgericht mit Beschluß vom 24.12.2005 zurückgewiesenen „Berichtigung“ eines ICC-Schiedsspruchs vom 05.09.2005 (die Antragstellerseite begehrte die Berücksichtigung einer Zug-um-Zug-Gegenleistung): *OLG Karlsruhe*, Beschl. v. 03.07.2006 – 9 Sch 1/06, DIS-Datenbank. Das Beispiel zeigt, daß in der Praxis auch erhebliche Zeit nach dem Schiedsspruch noch eine schiedsgerichtliche Entscheidung ergehen kann.



richtigen Stelle den wirtschaftlichen Ruin einer Partei bedeuten kann. Die Auswirkung der Berichtigung zeigt sich besonders deutlich dann, wenn die Berichtigung des Tenors überhaupt erst zur Vollstreckungsfähigkeit des Schiedsspruchs führt.<sup>98</sup>

Die zeitlichen Grenzen der Berichtigung, Auslegung und Ergänzung sind differenziert geregelt. Alle drei Maßnahmen können gemäß § 1058 Abs. 1 ZPO auf Antrag einer Partei erfolgen, der bei Fehlen abweichender Parteivereinbarung gemäß § 1058 Abs. 2 ZPO innerhalb eines Monats nach Empfang des Schiedsspruchs zu stellen ist. Empfang im Sinne des § 1056 Abs. 2 ZPO meint Zugang bei der jeweiligen Partei. Es kommt unter dem Gesichtspunkt der schiedsgerichtsbezogenen Beendigung auf den zeitlich letzten Zugang bei einer der Parteien an.<sup>99</sup> Die Berichtigung des Schiedsspruchs ist darüber hinaus gemäß § 1056 Abs. 4 ZPO von „Schiedsgerichtsamts wegen“ möglich. Dafür fehlt eine gesetzliche Frist.<sup>100</sup> Äußerste Grenze für eine Berichtigung muß die formelle und materielle Rechtskraft des Vollstreckbarerklärungsbeschlusses des staatlichen Gerichts gemäß § 1060 ZPO für inländische und gemäß § 1061 ZPO für ausländische Schiedssprüche sein. Denn erst mit dieser Entscheidung erlangt der Schiedsspruch in Verbindung mit dem Vollstreckbarerklärungsbeschuß die identischen Wirkungen eines staatlichen Urteils: Vor der Vollstreckbarerklärung fehlt dem Schiedsspruch die hoheitliche Anerkennung. Solange ist die schiedsrichterliche Entscheidung mithin – anders als staatliche Urteile – lediglich auf Einrede zu beachten, da das öffentliche Interesse noch fehlt. Erst nach der Anerkennung ist der Schiedsspruch einem staatlichen Urteil gänzlich gleichgestellt und bei nachfolgenden Entscheidungen von Amts wegen zu beachten.<sup>101</sup> Ist ein Schiedsspruch in einer bestimmten Gestalt durch Hoheitsakt für vollstreckbar erklärt worden, kann eine allein privatrechtliche Entscheidung diesen Hoheitsakt nicht mehr modifizieren. Deshalb muß die äußerste Grenze für eine Berichtigung die Rechtskraft des Vollstreckbarerklärungsbeschlusses sein. Für den Antrag auf Vollstreckbarerklärung fehlt seinerseits aber

78

<sup>98</sup> Ein solcher Berichtigungsbeschluß liegt der Entscheidung *OLG Frankfurt a.M.*, Beschl. v. 17.05.2004 – 2 Sch 02/03, DIS-Datenbank, zugrunde: Ein Berichtigungsbeschluß wurde für vollstreckbar erklärt, nachdem ein vollstreckungsrechtlich nicht eindeutiger Tenor, dessen ursprüngliche Fassung die Vollstreckung einer Zahlungsverpflichtung Zug-um-Zug gegen Rückübertragung eines Geschäftsanteils nicht zuließ, vom Schiedsgericht berichtigt worden war. In dem der Entscheidung *OLG Koblenz*, Beschl. v. 19.02.2004 – 2 Sch 04/03, DIS-Datenbank, zugrunde liegenden Fall ergänzte und berichtigte das Schiedsgericht nach Ablauf von über 8 Monaten die fehlende Ortsangabe im Schiedsspruch, die Wirksamkeitsvoraussetzung für den Schiedsspruch und damit dessen Vollstreckbarkeitserklärung ist. Die Wortlautgrenze der Ergänzung oder Berichtigung ist aber immer dann überschritten, wenn ein Schiedsgericht die im ursprünglichen Schiedsspruch zum Ausdruck gebrachte Willensbildung revidieren will, weil es zu der Erkenntnis gelangt ist, falsch entschieden zu haben, vgl. *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnr. 1093, sowie als Beispiel einer Überschreitung *OLG Stuttgart*, Beschl. v. 20.12.2001 – 1 Sch 13/01, DIS-Datenbank.

<sup>99</sup> Unter diesem Fristgesichtspunkt sollte das Schiedsgericht eine Art der Übermittlung wählen, die den Zugang feststellen läßt, vgl. *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnr. 1098.

<sup>100</sup> Den der Entscheidung *OLG Frankfurt a.M.*, Beschl. v. 17.05.2004 – 2 Sch 02/03, DIS-Datenbank, zugrunde liegenden Berichtigungsbeschluß hatte eine Partei nach Ablauf ihrer Antragsfrist beantragt. Dennoch berichtigte das Schiedsgericht von Schiedsgerichtsamts wegen nach Ablauf von über 6 Monaten. Der Berichtigungsbeschluß wurde für vollstreckbar erklärt.

<sup>101</sup> *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnr. 1027, m.w.N.

jeweils wieder eine Frist, so daß das Ende des Amts des Schiedsgerichts unter diesem Gesichtspunkt zeitlich abstrakt nicht im Vorhinein bestimmt werden kann.

**c) Vorbehalt der Zurückverweisung**

79 Dennoch läßt sich eine Aussage darüber treffen, wann die Beendigung des Amts des Schiedsgerichts frühesten eintreten kann: Sie folgt aus dem dritten Vorbehalt des § 1056 Abs. 3 ZPO. Denn das Amt des Schiedsgerichts endet trotz Beendigung des schiedsrichterlichen Verfahrens dann nicht, wenn im Aufhebungsverfahren eine Zurückverweisung an das Schiedsgericht nach § 1059 Abs. 4 ZPO erfolgt.<sup>102</sup> Zurückweisung ist dann möglich, wenn eine Partei einen Antrag auf Aufhebung des Schiedsspruches gestellt hat, das Gericht den Schiedsspruch auch aufhebt und die Sache für eine Zurückverweisung an das Schiedsgericht für geeignet hält, vgl. § 1059 Abs. 4 ZPO. Nach der Zurückverweisung entscheidet das Schiedsgericht in der Sache neu. Dieser Fall kann jedenfalls theoretisch immer solange eintreten, wie ein Aufhebungsantrag noch zulässig ist. Dafür bestimmt § 1059 Abs. 3 Satz 1 ZPO bei Fehlen abweichender Parteivereinbarung eine Frist von 3 Monaten. Diese beginnt nach Satz 2 der Vorschrift mit dem Tag, an dem die Antragstellerseite den Schiedsspruch empfangen hat. Bei einem Antrag einer Partei auf Berichtigung, Auslegung und Ergänzung nach § 1058 Abs. 1 ZPO verlängert sich die Frist gemäß § 1059 Abs. 3 Satz 3 ZPO um höchstens einen Monat nach Empfang der Entscheidung des Schiedsgerichts über diesen Antrag. Der Antrag auf Aufhebung kann nach § 1059 Abs. 3 Satz 4 ZPO nicht mehr gestellt werden, wenn der Schiedsspruch von einem deutschen Gericht für vollstreckbar erklärt worden ist. Dies wird allerdings kaum vor Ablauf der dreimonatigen Frist für den Aufhebungsantrag geschehen.

**d) Ergebnis**

80 Verallgemeinert man die vorstehenden Überlegungen im Hinblick auf das gesteckte Ziel, den Zeitpunkt festzustellen, in dem keiner der Vorbehalte des § 1056 Abs. 3 ZPO mehr vorliegen kann, so ist zu konstatieren, daß die zeitlich äußerste Grenze konkret nicht bestimmbar ist. Dies liegt auch daran, daß, soweit Fristen für die weitere Tätigkeit des Schiedsgerichts bestehen, diese sämtlich unter Parteivorbehalt stehen.

<sup>102</sup> *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnr. 1166, meint, daß das Amt des Schiedsrichters in diesem Fall wieder auflebt, was mißverständlich formuliert ist, denn das Schiedsrichteramt war in diesem Fall noch nicht beendet, sondern bestand ununterbrochen fort. Die Konstruktion des Wiederauflebens führt unnötig einen rechtlichen Schwebezustand ein, den das Prozeßrecht gerade zu vermeiden versucht. Schwebezustände auszuschließen ist auch deshalb geboten, weil an das Schiedsrichteramt prozessuale Rechte und Pflichten anknüpfen. Deshalb muß stets klar sein, ob jemand noch Schiedsrichter ist oder nicht.

Abstrakt bestimmt tritt die Beendigung des Amts des Schiedsgerichts allerdings jedenfalls dann ein, wenn eine Entscheidung des staatlichen Gerichts im Vollstreckbarerklärungsverfahren ergangen ist. Dafür kann auf die Rechtskraft der Vollstreckbarerklärungsentscheidung abgestellt werden, da eine Zurückverweisung an das Schiedsgericht anders als im Aufhebungsverfahren nicht vorgesehen ist.<sup>103</sup> Das Fehlen der Zurückverweisungsmöglichkeit im Vollstreckbarerklärungsverfahren ist erstaunlich, weil die für die Möglichkeit zur Zurückverweisung sprechenden Gründe auch in diesem Verfahren gelten. Deshalb wird eine Zurückverweisung analog § 1059 Abs. 4 ZPO befürwortet, wogegen spricht, daß es wohl an einer Regelungslücke fehlt.<sup>104</sup> Im Hinblick auf die Bestimmung der Beendigung des Amts des Schiedsgerichts ist die fehlende Zurückverweisungsmöglichkeit im Vollstreckbarerklärungsverfahren allerdings jedenfalls zweckmäßig: Andernfalls würde die Beendigung des Amts des Schiedsgerichts und damit die Beendigung des Schiedsrichteramts unter diesem Aspekt auf völlig unbestimmte Zeit hinausgeschoben, da eine Frist für den Antrag auf Vollstreckbarerklärung fehlt.

81

Weiter abstrakt bestimmt tritt die Beendigung des Amts des Schiedsgerichts jedenfalls nicht vor Ablauf der Frist für den Antrag auf Aufhebung des Schiedsspruchs gemäß § 1059 Abs. 3 ZPO ein. Fehlen Parteivereinbarungen, ist die unterste zeitliche Grenze dafür der Ablauf von 3 Monaten nach Zugang des Schiedsspruchs bei den Parteien. Vor diesem Zeitpunkt endet das Amt des Schiedsgerichts nie, solange der Schiedsspruch nicht zuvor rechtskräftig vollstreckbar erklärt worden ist. Von den Gründen für die Beendigung des Schiedsrichteramts nach § 1038 Abs. 1 ZPO abgesehen, endet das Schiedsrichteramt also jedenfalls nicht vor Ablauf der Frist für den Antrag auf Aufhebung des Schiedsspruchs.

82

Außerdem ist im Hinblick auf die zeitlichen Grenzen konstituierungsbezogener Rechtsbehelfe in Erinnerung zu behalten, daß das Schiedsgericht in allen vorbehaltenen Fällen, die eine Beendigung des Amts des Schiedsgerichts über den Zeitpunkt der Beendigung des schiedsrichterlichen Verfahrens hinausschieben, eine substantielle Entscheidung in der Sache treffen kann. Der Schiedsrichter bleibt also prozessual im Regelfall Schiedsrichter mit weit reichender Entscheidungsbefugnis bis zum Ablauf der Frist für den Antrag auf Aufhebung des Schiedsspruchs.

83

<sup>103</sup> Vgl. ausführlich zur Zurückverweisung *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnrn. 1264 ff.

<sup>104</sup> Für Analogie: *Voit*, in: Musielak, ZPO, 5. Aufl., § 1060 Rdnr. 15. Dagegen: *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnr. 1266. Eine Entscheidung des *Bundesgerichtshofs* zu dieser Frage steht bisher aus. Das *OLG München*, Beschl. v. 22.06.2005 – 34 Sch 10/05, DIS-Datenbank, hat in einem Vollstreckbarerklärungsverfahren, in dem der Schiedsbeklagte als Gegenangriff Aufhebung begehrte, von der dadurch eröffneten Zurückverweisungsmöglichkeit gemäß § 1059 Abs. 4 ZPO Gebrauch gemacht.

### III. Zusammenfassung

- 84 Die schiedsrichterbezogenen Etappen der Konstituierung heißen: Benennung, Bestellung und Ernennung des Schiedsrichters. Die Konstituierung vollzieht sich allein auf prozessualer Ebene. Sämtliche konstituierungsrelevanten Handlungen sind Prozeßhandlungen, die in der Regel die Parteien selbst vornehmen. Dabei können sie sich vertreten lassen. Bei Komplikationen während der Konstituierung und/oder Lücken der Parteivereinbarung besteht die Möglichkeit der Inanspruchnahme gerichtlicher Hilfe, so daß die Konstituierung eines Schiedsgerichts in jedem Fall sichergestellt ist.
- 85 Die beiden schiedsgerichtsbezogenen Etappen der Konstituierung heißen Bildung und Zusammensetzung des Schiedsgerichts. Schiedsrichterbezogen knüpfen beide an die Ernennung der nach der Parteivereinbarung erforderlichen Schiedsrichter an. Die Bildung des Schiedsgerichts erfordert die Ernennung aller Schiedsrichter. Die Zusammensetzung des Schiedsgerichts ist demgegenüber dann erfolgt, wenn aus Sicht einer Partei alle Schiedsrichter ernannt sind, für die diese Partei keine Bestellungsbefugnis hat.
- 86 Die Beendigung des Amts des Schiedsgerichts erfolgt nach § 1056 Abs. 3 ZPO bei Vorliegen der notwendigen Voraussetzung der Beendigung des schiedsrichterlichen Verfahrens durch Schiedsspruch oder verfahrensbeendenden Beschluß. Hinzukommen muß bei Fehlen abweichender Parteivereinbarungen der Wegfall der drei Vorbehalte der Notwendigkeit der Kostenentscheidung, der Möglichkeit zur Berichtigung, Auslegung und Ergänzung des Schiedsspruchs und schließlich der Möglichkeit der Zurückverweisung im Aufhebungsverfahren. Die äußerste zeitliche Grenze für den Wegfall der drei Vorbehalte kann als Zeitpunkt nicht abstrakt im Sinne einer Frist angegeben werden. Jedoch fallen die Vorbehalte nicht vor dem Ablauf der Frist für den Antrag auf Aufhebung des Schiedsspruchs weg. Frühestens mit diesem Zeitpunkt endet das Amt des Schiedsgerichts und damit das Schiedsrichteramt automatisch, wenn das Schiedsrichteramt nicht in den Fällen des § 1038 Abs. 1 ZPO im Einzelfall zuvor beendet worden ist.

## **B Überblick über Rechtsbehelfe**

In dem Bemühen um sprachliche Klarheit im Zusammenhang mit der Konstituierung sind die konstituierungsbezogenen Rechtsbehelfe zu systematisieren und zu bezeichnen. Sie lassen sich am allgemeinsten in gerichtliche und nichtgerichtliche unterteilen. 87

### **I. Gerichtliche Rechtsbehelfe**

Der dritte Abschnitt des 10. Buches der ZPO enthält fünf konstituierungsbezogene gerichtliche Rechtsbehelfe. Diese lassen sich nach dem Rechtsschutzziel danach unterscheiden, ob sie konstruktiv der Bestellung eines Schiedsrichters dienen, oder ob sie destruktiv darauf gerichtet sind, ein Schiedsrichteramt zu beenden. In einem besonderen Fall, nämlich beim Antrag nach § 1034 Abs. 2 ZPO, kann der notwendig konstruktive Antrag das destruktive Begehren mit umfassen. 88

Darüber hinaus bestehen außerhalb des dritten Abschnitts des 10. Buchs der ZPO Rechtsbehelfe in den Verfahren nach dem Schiedsspruch. Diese Rechtsbehelfe sind nicht eigentlich konstituierungsbezogen, da sie sich nicht unmittelbar gegen eine konstituierungsbezogene Maßnahme richten, sondern den Schiedsspruch als Ergebnis des schiedsrichterlichen Verfahrens angreifen. Konstituierungsbezogene Gründe können dabei eine Rolle spielen, weshalb sie in die Untersuchung einzubeziehen sind. Im einzelnen: 89

#### **1. Konstruktive konstituierungsbezogene Rechtsbehelfe**

Mit den konstruktiven konstituierungsbezogenen gerichtlichen Rechtsbehelfen begehrt die antragstellende Partei die gerichtliche Unterstützung bei der Bestellung eines Schiedsrichters oder die Anordnung einer sonstigen konstituierungsbezogenen Maßnahme. Dieses Rechtsschutzziel sieht § 1035 Abs. 3 oder Abs. 4 ZPO vor. Es geht in allen Fällen zunächst jeweils um die erstmalige Unterstützung bei der Konstituierung. Entsprechend diesem übereinstimmenden Rechtsschutzziel steht für alle Konstellationen in Verfahren nach § 1035 Abs. 3 oder Abs. 4 ZPO der Begriff Ersatzbestellungsverfahren.<sup>105</sup> Im einzelnen kann nach § 1035 Abs. 3 ZPO bei Gericht die Bestellung eines Schiedsrichters beantragt werden, wenn die Parteien ein Verfahren zur Bestellung der Schiedsrichter nicht vereinbart haben und es bei der Bestellung zu Komplikationen kommt. Nach § 1035 Abs. 4 ZPO kann bei Gericht die Anordnung der 90

---

<sup>105</sup> Zum Verfahren Rdrrn. 225 ff.

erforderlichen Maßnahme beantragt werden, wenn die Parteien ein Verfahren für die Bestellung der Schiedsrichter vereinbart haben und es dabei zu Komplikationen kommt, oder Lücken im parteivereinbarten Verfahren auftreten. Eine erforderliche Maßnahme ist insbesondere eine Benennung. Bei entsprechendem Rechtsschutzbedürfnis ist auch eine klarstellende Feststellung zum Beispiel der (anfänglichen) Unwirksamkeit einer Bestellung möglich, wenn die Prozeßhandlung der Bestellung etwa wegen fehlender Bestellungskompetenz unwirksam war.<sup>106</sup> War die Bestellung allerdings ursprünglich wirksam und liegt lediglich ein Konstituierungshindernis vor oder fehlt lediglich ein Bestellungskriterium, muß das Schiedsrichteramt – notfalls erst durch Hoheitsakt – beendet werden, bevor ein Ersatzschiedsrichter bestellt werden kann. Die Beendigung des Schiedsrichteramts ist aber keine Maßnahme im Sinne § 1035 Abs. 4 ZPO: Zwar steht nicht unmittelbar die Sperrwirkung des § 1026 ZPO entgegen, weil der Begriff der erforderlichen Maßnahme weit ausgelegt werden könnte. Daß die Beendigung des Schiedsrichteramts dennoch nicht darunter fällt, folgt aus dem primären Rechtsschutzziel des Ersatzbestellungsverfahrens, das auf Bestellung und weitere konstruktive Maßnahmen gerichtet ist. Daneben bestehen spezielle destruktive Rechtsbehelfe, deren Ziel es gerade ist, die Beendigung des Schiedsrichteramts zu erreichen. Jedenfalls das Ablehnungsverfahren setzt dabei einen fristgebundenen Antrag voraus, vgl. § 1037 Abs. 3 Satz 1 ZPO. Nicht nur aus systematischen Gründen, sondern um die Aushöhlung insbesondere der Fristen im Ablehnungsverfahren zu verhindern, kann eine erforderliche Maßnahme im Sinne des § 1035 Abs. 4 ZPO nicht die Beendigung des Schiedsrichteramts sein. Etwas konstruiert, jedoch dogmatisch zwingend, kommt als weiteres Argument hinzu, daß für das Ersatzbestellungsverfahren und zum Beispiel das Ablehnungsverfahren verschiedene Gerichte örtlich zuständig sein können, wenn die Parteien dies vereinbart haben sollten. Dann läge in der Beendigung des Schiedsrichteramts durch das örtlich unzuständige Gericht als Maßnahme nach § 1035 Abs. 4 ZPO ein Verstoß gegen § 1026 ZPO. Deshalb ist das Ersatzbestellungsverfahren ein rein konstruktiver Rechtsbehelf.

- 91 Daneben besteht ein ähnlicher Rechtsbehelf nach § 1039 Abs. 1 Satz 2 ZPO i.V.m. § 1035 Abs. 3 oder Abs. 4 ZPO, wenn ein Schiedsrichter im Verlaufe des schiedsrichterlichen Verfahrens nachzubestellen ist. Dessen Nachbestellung erfolgt gemäß § 1039 Abs. 1 Satz 2 ZPO vorbehaltlich abweichender Parteivereinbarung nach den Regeln, die auf die Bestellung des zu ersetzenden Schiedsrichters anzuwenden waren. Daher kann es bei Komplikationen oder Lücken im Nachbestellungsverfahren erstmalig oder erneut zu einem Ersatzbestellungsverfahren kommen. Zur sprachlichen Abgrenzung wird dieses Verfahren als Ersatz-

<sup>106</sup> So z.B. in der Entscheidung des *OLG Hamm*, Beschl. v. 07.03.2002 – 11 Sch 01/02, DIS-Datenbank, vgl. dazu ausführlich Rdrrn. 254 ff. Die Verurteilung zu einer Leistung scheidet aus, dazu Rdnr. 253.

Nachbestellungsverfahren bezeichnet.<sup>107</sup>

## 2. Destruktive konstituierungsbezogene Rechtsbehelfe

Mit den destruktiven konstituierungsbezogenen gerichtlichen Rechtsbehelfen begehrt die antragsstellende Partei, das Amt eines bereits bestellten Schiedsrichters zu beenden. Dieses Rechtsschutzziel gewährt zum einen das gerichtliche Ablehnungsverfahren nach § 1037 Abs. 3 ZPO<sup>108</sup> und zum anderen der Rechtsbehelf nach § 1038 Abs. 1 Satz 2 ZPO. Im zweiten Fall bezeichnet das Gesetz das prozessuale Begehren der antragstellenden Partei mit „Entscheidung über die Beendigung des Amtes“. Deshalb wird dieses Verfahren als Beendigungs-  
verfahren bezeichnet.<sup>109</sup>

92

## 3. Sonderfall des § 1034 Abs. 2 ZPO

Der fünfte konstituierungsbezogene gerichtliche Rechtsbehelf ist der Antrag nach § 1034 Abs. 2 ZPO. Dieser ist konstruktiv darauf gerichtet, daß das Gericht den oder die Schiedsrichter abweichend von der Parteivereinbarung bestellt. Nach dem Wortlaut des § 1034 Abs. 2 Satz 1 ZPO ist der Antrag allerdings auch dann statthaft, wenn bereits Schiedsrichter ernannt sind, da vom Gericht eine Bestellung abweichend von der erfolgten Ernennung des Schiedsrichters oder der Schiedsrichter vorgenommen werden kann. Dieser in jedem Fall konstruktiv ausgerichtete Rechtsbehelf kann also einen destruktiven Rechtsbehelf umfassen. Da das Gericht hier befugt ist, erforderlichenfalls einen Schiedsrichter zu ersetzen, ohne daß die Bestellung des Betreffenden prozessual gesondert angegriffen werden muß, wird dieses Verfahren als Ersetzungsverfahren bezeichnet.<sup>110</sup>

93

## 4. Rechtsbehelfe nach dem Schiedsspruch

Die Rechtsbehelfe des 4. Buches der ZPO, also die Wiederaufnahme mittels Nichtigkeitsklage nach § 579 ZPO und/oder mittels Restitutionsklage nach § 580 ZPO, mit denen mit Rechtsmitteln nicht mehr anfechtbare Entscheidungen eines staatlichen Gerichts angegriffen werden können, sind gegen einen Schiedsspruch wegen § 1026 ZPO nicht statthaft. Statt des-

94

<sup>107</sup> Zum Verfahren Rdnrn. 271 ff.

<sup>108</sup> Zum Verfahren Rdnrn. 359 ff.

<sup>109</sup> *Münch*, in: Münchener Kommentar, ZPO, 2. Aufl., § 1038 Rdnr. 3, nennt dieses Verfahren Ersetzungsverfahren, was jedenfalls das Verfahrensziel nicht widerspiegelt, denn nach § 1038 Abs. 1 ZPO wird das Schiedsrichteramt lediglich beendet, die Ersetzung durch einen anderen Schiedsrichter findet nicht statt, vgl. näher zum Verfahren Rdnrn. 279 ff.

<sup>110</sup> Zum Verfahren Rdnrn. 300 ff.

sen sehen der siebente und achte Abschnitt des 10. Buches der ZPO nach dem Schiedsspruch die besonderen Rechtsbehelfe des Aufhebungsantrags nach § 1059 ZPO und der Vollstreckbarerklärung von Schiedssprüchen in §§ 1060 f. ZPO vor. Diese sind nicht in erster Linie konstituierungsbezogen, denn sie bezwecken die Beseitigung eines Schiedsspruches oder dessen Vollstreckbarerklärung als Voraussetzung der Zwangsvollstreckung. Dennoch sind diese Rechtsbehelfe konstituierungsbezogen von Interesse, da zum Katalog der Aufhebungsgründe nach § 1059 Abs. 2 ZPO auch solche gehören, die die Konstituierung betreffen, vgl. § 1059 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. b) und d) ZPO sowie die ordre-public Klausel des § 1059 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. b) ZPO. Für den Antrag auf Vollstreckbarerklärung eines inländischen Schiedsspruches verweist § 1060 Abs. 2 Satz 1 ZPO auf § 1059 Abs. 2 ZPO, so daß sich die Aufhebungsgründe auch in diesem Verfahren auswirken können. Die Vollstreckbarerklärung ausländischer Schiedssprüche richtet sich gemäß § 1061 Abs. 1 ZPO insbesondere nach dem UNÜ 1958. Dessen Aufhebungsgründe sind folglich auf konstituierungsbezogene Einwände hin zu untersuchen.<sup>111</sup>

- 95 Der rechtskräftig oder vorläufig für vollstreckbar erklärte Schiedsspruch ist gemäß § 794 Abs. 1 Nr. 4 Buchst. a) ZPO Zwangsvollstreckungstitel im Sinne des 8. Buches der ZPO. Deshalb sind gegen den Schiedsspruch auch die zwangsvollstreckungsrechtlichen Rechtsbehelfe der ZPO statthaft, insbesondere die Vollstreckungsgegenklage gemäß § 767 ZPO. Mit dieser können jedoch keine konstituierungsbezogenen Einwände gegen den Schiedsspruch geltend gemacht werden, denn nach § 767 Abs. 1 ZPO betrifft der Rechtsbehelf lediglich Einwendungen, die den festgestellten Anspruch selbst betreffen. Verfahrensmängel können also nicht geltend gemacht werden. Ebensowenig helfen Rechtsbehelfe, die sich gegen die Wirksamkeit des Titels oder die Art und Weise der Zwangsvollstreckung richten, denn die Wirksamkeit des Schiedsspruchs als Titel bleibt genauso unberührt von etwaigen konstituierungsbezogenen Verstößen wie die Zwangsvollstreckung selbst. Deshalb beschränken sich die Rechtsbehelfe nach dem Schiedsspruch auf die besonders im 10. Buch der ZPO geregelten Rechtsbehelfe und den auf § 826 BGB gestützten außerordentlichen Rechtsbehelf.

## **II. Nichtgerichtliche Rechtsbehelfe**

- 96 Die nichtgerichtlichen konstituierungsbezogenen Rechtsbehelfe lassen sich in gesetzlich im 10. Buch der ZPO geregelte und nicht gesetzlich geregelte unterscheiden.

---

<sup>111</sup> Ausführlich zu den Aufhebungsgründen Rdnrn. 378 ff.; zum Aufhebungsverfahren Rdnrn. 393 ff. und zum Vollstreckbarerklärungsverfahren Rdnrn. 408 ff.



## 1. Gesetzlich geregelte Rechtsbehelfe

Der dritte Abschnitt des 10. Buches der ZPO enthält einen einzigen ausdrücklich geregelten nichtgerichtlichen Rechtsbehelf in § 1037 Abs. 2 Satz 2 ZPO. Haben die Parteien keine Vereinbarung über das Ablehnungsverfahren gemäß § 1037 Abs. 1 ZPO getroffen, kann die ablehnende Partei unter bestimmten Voraussetzungen die Entscheidung des Schiedsgerichts über das Ablehnungsgesuch beantragen. Dieses Verfahren heißt zur sprachlichen Unterscheidung zum (gerichtlichen) Ablehnungsverfahren des § 1037 Abs. 3 ZPO im folgenden stets schiedsgerichtliches Ablehnungsverfahren.<sup>112</sup>

97

## 2. Nicht gesetzlich geregelte Rechtsbehelfe

Darüber hinaus haben es die Parteien aufgrund der ihnen obliegenden verfahrensrechtlichen Verfahrensherrschaft in ihren Händen, weitere nichtgerichtliche konstituierungsbezogene Rechtsbehelfe vorzusehen. Von den Parteien autonom vereinbart, geschieht dies in der Praxis selten. Die vorbehaltlose Vereinbarung einer Verfahrensordnung der administrierten Schiedsgerichtsbarkeit führt allerdings zur Einbeziehung der nach der betreffenden Verfahrensordnung vorgesehenen Rechtsbehelfe. Die Verfahrensordnungen enthalten in aller Regel sowohl konstruktive, als auch destruktive Rechtsbehelfe. Bei der Darstellung der Rechtsbehelfe wird zum Vergleich überblicksartig eingegangen auf die Regelungen der international bedeutsamsten Verfahrensordnung des Internationalen Schiedsgerichtshofs der Internationalen Handelskammer (ICC) und des traditionsreichen London Court of International Arbitration (LCIA) sowie der national bedeutendsten nicht branchenbezogenen Verfahrensordnung der Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V. (DIS).<sup>113</sup>

98

---

<sup>112</sup> Ausführlich Rdnrn. 325 ff.

<sup>113</sup> Die Verfahrensordnungen finden sich einfach über die jeweilige Homepage der Institution, vgl. [www.iccwbo.org](http://www.iccwbo.org), [www.lcia-arbitration.com](http://www.lcia-arbitration.com), [www.dis-arb.de](http://www.dis-arb.de). Einen vergleichenden Überblick der Verfahrensordnungen liefern *Glossner/Bredow*, ICC, LCIA und DIS-Schiedsgerichtsordnung Unterschiede und Gemeinsamkeiten, in: LA Böckstiegel, S. 219 ff.

## Kapitel 3 Konstituierungshindernisse

99 Trotz weitreichender personeller und verfahrensrechtlicher Verfahrensherrschaft der Parteien bestehen gesetzliche Konstituierungshindernisse, denn bestimmte konstituierungsbezogene Maßnahmen sind mit einer ordnungsgemäßen Konstituierung stets unvereinbar. Die Konstituierungshindernisse lassen sich wie schon die Etappen der Konstituierung in schiedsrichterbezogen (Abschnitt A) und schiedsgerichtsbezogen (Abschnitt B) unterteilen. Über diese als Verbote ausgestalteten Konstituierungshindernisse hinaus hindern bestimmte, vor allem faktische Entwicklungen stets die Durchführung des schiedsrichterlichen Verfahrens und können sich im Verfahrensverlauf als Konstituierungshindernis herausstellen (Abschnitt C). Schließlich liegen verfahrensrechtliche Konstituierungshindernisse in der gesetzlichen Garantie der als unabdingbar ausgestalteten Rechtsbehelfe (Abschnitt D). Im einzelnen:

### A Schiedsrichterbezogene Verbote

100 Schiedsrichterbezogene Beschränkungen der Verfahrensherrschaft der Parteien bestehen, weil der Parteidisposition entzogene öffentliche Belange gegen Vereinbarungen der Parteien sprechen, bestimmten Personen ein Schiedsrichteramt zu übertragen, oder sie es weiter ausüben zu lassen. Die Gründe dafür hängen mit dem Wesen der Schiedsgerichtsbarkeit zusammen. Schiedsrichter üben materielle Rechtsprechung aus. Die Merkmale, die den unverzichtbaren Kern jeder Rechtsprechung ausmachen, gelten daher auch für Schiedsrichter. Verstöße dagegen stellen sich als Konstituierungshindernisse dar. Systematisch lassen sich schiedsrichterbezogen vier Verbots-Fallgruppen unterscheiden: Das Verbot des Richtens in eigener Sache, das Verbot eingeschränkt geschäftsfähiger Schiedsrichtertätigkeit, das Verbot juristischer Personen und Behörden als Schiedsrichter,<sup>114</sup> und die in den schiedsrichterbezogenen Amtsdelikten normierten strafrechtlichen Verbote. Diese vier Fallgruppen eint, daß der Verstoß gegen das jeweilige schiedsrichterbezogene Verbot dazu führt, daß der Schiedsrichter rechtlich außerstande ist, seine Aufgaben als zu erfüllen.

101 Eine fünfte Fallgruppe ist zwar als Konstituierungshindernis aufzufassen, weist allerdings Besonderheiten auf: Bestimmte Personengruppen sind aufgrund ihrer öffentlichen Amtsstellung einfachgesetzlich an der vorbehaltlosen Übernahme eines Schiedsrichteramtes gehindert.

<sup>114</sup> Nicht hierher gehört das Fehlen der Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter – so aber *Münch*, in: Münchener Kommentar, ZPO, 2. Aufl., § 1038 Rdnr. 8, der dies als Unterfall rechtlicher Unmöglichkeit im Sinne § 1038 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 ZPO einordnet –, da das Schiedsrichteramt gerade kein öffentliches Amt, sondern ausschließlich privat Tätigkeit ist. Deshalb ist § 45 Abs. 1 StGB auf Schiedsrichter nicht anwendbar.

Dies betrifft aktive Beamte und staatliche Richter. Sie bedürfen zur Übernahme eines Schiedsrichteramtes einer Nebentätigkeitsgenehmigung. Das Nebentätigkeitserfordernis macht diese Personengruppen jedoch nicht per se zur Übernahme eines Schiedsrichteramtes ungeeignet. Dies wirkt sich entscheidend auf die Rechtsfolgen aus, wenn der Verstoß erst in den Verfahren nach dem Schiedsspruch geltend gemacht wird.

## I. Fallgruppen

### 1. Verbot des Schiedsrichters in eigener Sache

Jedes rechtsstaatliche Verfahren hat zur Grundvoraussetzung, daß ein Rechtsstreit durch einen neutralen Dritten entschieden wird, daß also niemand Richter in eigener Sache ist. Dieses Verbot gilt auch im Schiedsgerichtsverfahren.<sup>115</sup> Es steht nicht zur Disposition der Parteien und zählt – weil es zum Kernbestand der Rechtsstaatlichkeit überhaupt und zu den anerkannten Grundsätzen einer jeden Rechtsordnung, deren Einhaltung für ein rechtsstaatliches Verfahren unverzichtbar ist, gehört – zum (verfahrensrechtlichen) *ordre public*. 102

Schwierigkeiten macht die Eingrenzung der Reichweite der „eigenen Sache“, weil eine Sache, an der der Betreffende möglicherweise ein irgend geartetes mittelbares Interesse hat, in diesem mittelbaren Sinn auch als seine eigene Sache gedacht werden kann. Mit diesem Verständnis würde die Eingrenzung äußerst komplex; sie umfaßte sämtliche konstellationsbedingten Befangenheitsgründe mit der Folge, daß die Eigenständigkeit des Instituts des Verbots des Richtens in eigener Sache aufgehoben wäre. Der Begriff der eigenen Sache ist deshalb um seiner Schärfe willen und um Korrekturen der Folgen eines Verstoßes auf der Rechtsfolgenseite vorzubeugen, eng auszulegen: Es geht um die Verhinderung von Personenidentität zwischen Schiedsrichter und Partei. Ein Verstoß gegen das Verbot des Richtens in eigener Sache liegt demnach immer dann vor, wenn entweder 103

- der Betreffende selbst Partei des Rechtsstreits ist, oder aber

<sup>115</sup> BGH, Urt. v. 07.03.1985 – III ZR 169/83 (Düsseldorf), BGHZ 94, 92, 98; BGH, Urt. v. 03.07.1975 – III ZR 78/73 (München), BGHZ 65, 59, 67 (mit widersprüchlichen Vorbehalten, vgl. dazu sogleich Rdnrn. 105 ff.); BGH, Urt. v. 19.12.1968 – VII ZR 83, 84/66 (Hamburg), NJW 1969, 750, 751; Lachmann, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnr. 161, m.w.N.

- der Betreffende Vertreter einer Partei ist, sei es gesetzlicher, rechtsgeschäftlicher oder organschaftlicher.

Dabei ist für die Parteistellung auf den Parteibegriff im weiteren Sinne abzustellen, das heißt, sowohl formelle als auch materielle Parteistellung genügt. Hierher gehören genauso Parteien kraft Amtes, soweit die verwaltete Masse beteiligt ist.<sup>116</sup>

104 Die Einbeziehung gesetzlicher, organschaftlicher und rechtsgeschäftlicher Vertreter<sup>117</sup> in die Fallgruppe der eigenen Sache und die damit verbundene Ausweitung dient der Verhinderung der eindeutigsten Fallgruppe mittelbarer Interessenkollision. Diese ist auch mit der notwendigen Schärfe abgrenzbar: Gesetzliche Vertretungsverhältnisse lassen sich anders als die meisten mittelbaren Interessenverflechtungen deshalb leicht und eindeutig erfassen, weil sie unmittelbar an die Parteistellung anknüpfen. Die Gefahr der Auswirkung der Interessenkollision auf das schiedsrichterliche Verfahren besteht immer darin, daß der gesetzlich Vertretungsrechte für die Partei im Außenverhältnis berechtigt ist, materiell- und prozeßrechtliche Handlungen mit unmittelbarer Auswirkung auf den Rechtsstreit wirksam vorzunehmen. Die gleichen Erwägungen gelten für rechtsgeschäftliche und organschaftliche Vertreter sowie Parteien kraft Amtes im Hinblick auf die verwaltete Masse.

105 Ob der organschaftliche Vertreter einer Partei Richter in eigener Sache oder Dritter ist, beurteilte eine frühe Entscheidung des *Bundesgerichtshofs* differenziert und im Detail widersprüchlich.<sup>118</sup> Zugrunde lag eine Schiedsvereinbarung, die beide Parteien nach Entstehen eines konkreten Streits bezüglich der Höhe von Lizenzgebühren aus einem zwischen ihnen geschlossenen Vertrag schlossen. Sie bestellten gemeinsam einen mitzeichnungsberechtigten organschaftlichen Vertreter einer Partei zum Schiedsrichter, wobei die wirtschaftlichen Geschicke dieser Partei von einem anderen mitzeichnungsberechtigten Organvertreter dieser Partei weitestgehend allein bestimmt wurden und die Gesellschaft auch dieser Person wirtschaftlich gehörte. Die Vorinstanzen hatten den Schiedsspruch dennoch aufgehoben.

<sup>116</sup> *Schlosser*, in: Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl., § 1036 Rdnr. 5. Vgl. zum formellen Parteibegriff *Paulus*, Zivilprozeßrecht, 3. Aufl., Rdnrn. 43 ff.

<sup>117</sup> *Geimer*, in: Zöller, ZPO, 26. Aufl., § 1036 Rdnr. 10; *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnr. 161; *Münch*, in: Münchener Kommentar, ZPO, 2. Aufl., § 1036 Rdnr. 6; *Reichold*, in: Thomas/Putzo, ZPO, 27. Aufl., § 1035 Rdnr. 9; *Voit*, in: Musielak, ZPO, 5. Aufl., § 1036 Rdnr. 5. In der Vereins- und Verbandsschiedsgerichtsbarkeit liegen hier besondere Probleme bei der Auslegung, ob das Schiedsgericht Organ ist, vgl. dazu: *BGH*, Beschl. v. 27.05.2004 – III ZB 53/03 (Köln), BGH-Datenbank; *OLG Dresden*, Beschl. v. 10.11.2005 – 11 SchH 17/05, DIS-Datenbank; *OLG Braunschweig*, Beschl. v. 12.05.2005 – 8 Sch 01/04, DIS-Datenbank.

<sup>118</sup> *BGH*, Urt. v. 03.07.1975 – III ZR 78/73 (München), BGHZ 65, 59, 59 ff. Die Entscheidung erging kurz nach Übergang der Zuständigkeit vom VII. auf den III. Senat. Zur Kritik und anderen Lösungsansätzen nach seinerzeitigem Recht vgl. *Kornblum*, Die Vereinbarkeit von gesetzlicher (Mit-) Vertretung einer Verfahrenspartei und Schiedsrichteramt, BB 1977, 675 ff.

Der *Bundesgerichtshof* hob die Entscheidung auf und führte zur Begründung im wesentlichen aus:<sup>119</sup> Es gehöre – insbesondere nach der Rechtsprechung des *Bundesverfassungsgerichts* – zwar zum Wesen jeder richterlichen Tätigkeit, daß sie von nichtbeteiligten Dritten ausgeübt wird. Dies gelte genauso für das schiedsrichterliche Verfahren. Die Grundsätze der Unparteilichkeit und Unabhängigkeit des Schiedsrichters seien durch die Eigentümlichkeiten des schiedsrichterlichen Verfahrens jedoch in besonderer Weise berührt, indem die Schiedsrichter in der Regel von den Parteien bestellt werden und das Schiedsgericht private Rechtsprechung ausübt. Das Erfordernis der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Schiedsrichters diene deshalb nur dem Schutz der Parteien, nicht auch dem öffentlichen Interesse. Ein Schutz der Parteien vor sich selber sei jedenfalls weder bezweckt noch geboten. Der *Bundesgerichtshof* meinte weiter, die Frage nach der etwaigen Verletzung des Grundsatzes der richterlichen Unparteilichkeit, wenn der Einzelschiedsrichter Mitglied des vertretungsberechtigten Organs einer Partei ist, sei nicht abschließend zu entscheiden. Denn die Besonderheit des Falles läge darin, daß beide Parteien diesen Schiedsrichter nach Entstehen der konkreten Streitigkeit gemeinsam bestellten. Da der Schiedsrichter tatsächlich als organschaftlicher Vertreter eine lediglich lose Bindung zu einer Partei hatte, sollte kein Verstoß gegen das Verbot des Richtens in eigener Sache vorliegen. Bei der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise wäre die Entscheidung allerdings dann anders ausgefallen, wenn der wirtschaftlich hinter der Partei stehende andere mitzeichnungsberechtigte organschaftliche Vertreter dieser Partei zum Schiedsrichter bestellt worden wäre. Denn dann sei die Partei selbst unzulässig Schiedsrichter.

106

Diese Ausführungen überzeugen vor allem deshalb nicht, weil sie die Fragen der Unparteilichkeit und Unabhängigkeit des Schiedsrichters und des Verbots des Richtens in eigener Sache vermischen. Unparteilichkeit und Unabhängigkeit sind im Schiedsgerichtsverfahren lediglich einfachgesetzliche Bestellungskriterien, die nach § 1036 Abs. 2 Satz 2 ZPO und nach § 1037 Abs. 2 Satz 1 und Abs. 3 Satz 1 ZPO gesetzlich präklusionsbedroht sind. Das Verbot des Richtens in eigener Sache hingegen betrifft das Neutralitätsgebot als Voraussetzung jeder Rechtsprechung. Es stellt anstatt auf eine einzelfallbezogene auf eine strukturelle Gefährdung der Rechtsprechung ab. Eine solche Gefährdung lag der Entscheidung des *Bundesgerichtshofs* aber zugrunde, weil der Schiedsrichter als Organ einer Partei das Schiedsgerichtsverfahren hätte beeinflussen können. In einer späteren Entscheidung<sup>120</sup> korrigierte der *Bundesge-*

107

<sup>119</sup> Vgl. *BGH*, Urt. v. 03.07.1975 – III ZR 78/73 (München), BGHZ 65, 59 ff., insbesondere Seiten 62 f., 65, 67 f.

<sup>120</sup> Der *Bundesgerichtshof* nahm darin ausdrücklich auf die vorstehende Entscheidung Bezug, *BGH*, Urt. v. 15.05.1986 – III ZR 192/84 (Hamburg), BGHZ 98, 70, 72; zuletzt zum zwingenden Erfordernis der Entscheidung durch einen neutralen Dritten, *BGH*, Beschl. v. 27.05.2004 – III ZB 53/03 (Köln), BGH-Datenbank unter II. 2. b) cc) der Gründe.

*richtshof* und stellte klar, daß richterliche Tätigkeit uneingeschränkt dem Gebot der Distanz und Neutralität untersteht.

## 2. Verbot eingeschränkt geschäftsfähiger Schiedsrichtertätigkeit

108 Tragisch und keineswegs ausschließlich akademisch ist die Problematik fehlender Geschäftsfähigkeit des Schiedsrichters. In einem solchen Fall ist der Betreffende rechtlich gehindert, als Schiedsrichter zu fungieren.<sup>121</sup> Dies folgt nicht etwa daraus, daß der Geschäftsunfähige keinen Schiedsrichtervertrag abschließen kann.<sup>122</sup> Denn eine prozessual wirksame Schiedsrichterbestellung und -tätigkeit ist nicht abhängig von der Wirksamkeit des zugrunde liegenden (materiellrechtlichen) Schiedsrichtervertrages.<sup>123</sup> Es kommt vielmehr allein auf die prozessuale Ebene und die Prozeßfähigkeit an, die dem Schiedsrichter mit der fehlenden Geschäftsfähigkeit fehlt.

109 Für die Begründung ist zu differenzieren: Fehlte die Geschäftsfähigkeit bereits bei der Ernennung des Schiedsrichters, so ist schon dessen prozessuale Annahmeerklärung als Prozeßhandlung unwirksam. Folglich liegt ein Prozeßhindernis für die Ernennung vor und der Betreffende ist prozessual nie wirksam Schiedsrichter geworden. Fällt die Geschäftsfähigkeit im Laufe des Verfahrens fort, so fehlt fortan dem Schiedsgericht für seine Entscheidungen die Prozeßfähigkeit. Denn auch die Handlungsformen des Gerichts<sup>124</sup> – hier des Schiedsgerichts – sind Prozeßhandlungen. Mit der fehlenden Prozeßfähigkeit eines Mitglieds eines Kollegialgerichts oder des Einzelschiedsrichters fehlt den schiedsgerichtlichen Prozeßhandlungen eine Prozeßhandlungsvoraussetzung. Sie sind deshalb anfechtbar. Deshalb ist die fehlende Geschäftsfähigkeit eines Schiedsrichters eine schiedsrichterbezogene Konstituierungsbeschränkung.

<sup>121</sup> Geimer, in: Zöller, ZPO, 26. Aufl., § 1035 Rdnr. 6 sowie § 1038 Rdnr. 2; Lachmann, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnr. 1204; Voit, in: Musielak, ZPO, 5. Aufl., § 1038 Rdnr. 5. Beispiel eines Streits um den Fortfall der Geschäftsfähigkeit: BGH, Urt. v. 05.05.1986 – III ZR 235/83 (Hamburg), NJW 1986, 3079, 3080.

<sup>122</sup> So Henn, Die Unparteilichkeit des Schiedsrichteramts, BB 1993, Beilage 17, S. 13, 14; vgl. auch Schütze, Schiedsgericht und Schiedsverfahren, 3. Aufl., Rdnr. 26 (vgl. aber Rdnr. 50).

<sup>123</sup> Vgl. Münch, in: Münchener Kommentar, ZPO, 2. Aufl., vor § 1034 Rdnr. 4.

<sup>124</sup> Zum Begriff und den Differenzierungen nach dem Handlungszweck – streitentscheidend, verfahrensleitend, beweisenerhebend – vgl. Musielak, in: Musielak, ZPO, 5. Aufl., Einleitung Rdnr. 58.

### 3. Verbot juristischer Personen oder Behörden als Schiedsrichter

Die praktisch wenig relevante Frage, ob juristische Personen ein Schiedsrichteramt übernehmen können, ist zu verneinen.<sup>125</sup> Weil der juristischen Person als solcher die eigene Handlungsfähigkeit fehlt, müßte sich diese vertreten lassen. Schiedsrichtertätigkeit jedoch ist höchstpersönlich,<sup>126</sup> so daß (auch organschaftliche) Vertretung ausgeschlossen ist.

Außerdem üben Schiedsgerichte materielle Rechtsprechung aus. Für diese gilt insbesondere im Zusammenhang mit der Beweiswürdigung das Unmittelbarkeitserfordernis,<sup>127</sup> also das Erfordernis der persönlichen Wahrnehmung durch den Schiedsrichter selbst. Einer juristischen Person können Wahrnehmungen ihrer Organe jedoch lediglich zugerechnet werden, weshalb eine juristische Person nicht Schiedsrichter sein kann. Für dieses Ergebnis spricht schließlich die praktische Erwägung, daß eine Änderung der Vertretungsberechtigung innerhalb der juristischen Person während des schiedsrichterlichen Verfahrens unausräumbare Schwierigkeiten hervorrufen würde: Sähe man die juristische Person als Schiedsrichter an, dürfte das keine Auswirkung auf das laufende Verfahren haben, was unabhängig von rechtlichen Bedenken nicht praktikabel ist.

Dieselben Argumente sprechen gegen die Möglichkeit der Übernahme des Schiedsrichteramts durch eine Behörde.<sup>128</sup> Hinzu kommt als weitere Begründung, daß es Privatpersonen nicht möglich sein kann, die gesetzlich definierte Zuständigkeit einer Behörde zu erweitern.<sup>129</sup>

### 4. Strafrechtliche Verbote

Der Schiedsrichter wird strafrechtlich einem Amtsträger teilweise gleichgestellt: Er ist zwar nach § 11 Nr. 3 StGB kein Richter im Sinne des Strafrechts. Einzelnen Tatbeständen des 30. Abschnitts des StGB (Straftaten im Amt) stellen den Schiedsrichter jedoch auf eine Stufe

<sup>125</sup> *Hartmann*, in: Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 65. Aufl., § 1029 Rdnr. 4; *Henn*, Die Unparteilichkeit des Schiedsrichteramts, BB 1993, Beilage 17, S. 13, 14; *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnr. 527; *Reichold*, in: Thomas/Putzo, ZPO, 27. Aufl., § 1035 Rdnr. 1; *Schlosser*, in: Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl., § 1036 Rdnr. 2. A.A. *Geimer*, in: Zöller, ZPO, 26. Aufl., § 1035 Rdnr. 7 (für Behörden); *Schütze*, Schiedsgericht und Schiedsverfahren, 3. Aufl., Rdnr. 26; *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl., Kap. 9, Rdnr. 1, ohne Begründung. Unklar *Böcker*, Schiedsverfahrensrecht in Spanien, SchiedsVZ 2003, 170, 172, der auf Art. 12.1 des spanischen Gesetzes zur Schiedsgerichtsbarkeit hinweist, nach dem nur natürliche und geschäftsfähige Personen Schiedsrichter sein können, und im nächsten Satz mit der Formulierung „weiterer Unterschied“ fortfährt.

<sup>126</sup> Dies ist unstreitig *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnr. 1884, m.w.N.

<sup>127</sup> *Paulus*, Zivilprozeßrecht, 3. Aufl., Rdnr. 219.

<sup>128</sup> A.A. *Schlosser*, in: Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl., § 1036 Rdnr. 2, der allerdings zutreffend darauf hinweist, daß das Verbot nicht aus der öffentlich-rechtlichen Funktion der Behörde folgt. So auch *VG Minden*, Urt. v. 20.11.2002 – 3 K 1772/01, unveröffentlicht, im ersten Absatz der Entscheidungsgründe.

<sup>129</sup> RG, Urt. v. 17.10.1902 – II 148/02 (Köln), RGZ 53, 1, 3; *Arnold*, Ernennung von Schiedsrichtern durch Richter, NJW 1968, 781 f.; *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnr. 527.

neben den Richter, der seinerseits Amtsträger nach § 11 Nr. 2 Buchst. a) StGB ist. Deshalb gelten einzelne echte Amtsdelikte auch für Schiedsrichter. Dies sind die Straftatbestände der Vorteilsannahme, § 331 Abs. 2 StGB, der Bestechlichkeit, § 332 Abs. 2 und Abs. 3 StGB, und der Rechtsbeugung, § 339 StGB. Verwirklicht der Schiedsrichter einen dieser Straftatbestände, besteht objektiv ein Konstituierungshindernis.

114 Die schiedsrichterbezogenen strafrechtlichen Verbote haben als Konstituierungshindernisse unabhängig davon, daß sie selten sein werden, auch prozessual äußerst geringe Bedeutung: Strafrechtliche Verstöße gegen Amtsdelikte sind im staatlichen Zivilprozeß Restitutionsgründe gemäß § 580 Nr. 5 ZPO. Für das schiedsrichterliche Verfahren sind sie im verfahrensrechtlichen ordre public aufgegangen.<sup>130</sup> Allerdings gilt insoweit gleichfalls die Einschränkung des § 581 Abs. 1 ZPO analog, wonach der Schiedsrichter rechtskräftig verurteilt sein muß oder die Einleitung oder Durchführung des Strafverfahrens aus anderen Gründen als wegen Mangels an Beweisen nicht erfolgt.<sup>131</sup> Damit erfordert die Geltendmachung strafrechtlicher Verbote als Konstituierungshindernis praktisch eine rechtskräftige Verurteilung, die aus reinen Zeitgründen kaum während des schiedsrichterlichen Verfahrens oder auch nur innerhalb der Frist für das Aufhebungsverfahren zu erlangen ist. Weil also die praktische Bedeutung gering ist, nur im Überblick zu den einzelnen Tatbeständen:

115 Vorteilsgewährung erfordert gemäß § 331 Abs. 2 StGB tatbestandlich, daß der Schiedsrichter vorsätzlich einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen läßt oder annimmt, daß er eine richterliche Handlung vorgenommen hat oder künftig vornehmen wird. Vorteil ist jede Leistung, die materiell oder immateriell objektiv besser stellt.<sup>132</sup> Die Schiedsrichtervergütung ist jedoch nur dann ein Vorteil, wenn der Schiedsrichter sie von einer Partei hinter dem Rücken der anderen fordert, sich versprechen läßt oder annimmt, vgl. § 337 StGB. Eine richterliche Handlung des Schiedsrichters ist jede in Bezug auf die Förderung des schiedsrichterlichen Verfahrens oder der Sachentscheidung.<sup>133</sup> Der Vorteil

<sup>130</sup> BGH, Beschl. v. 02.11.2000 – III ZB 55/99 (Düsseldorf), DIS-Datenbank, unter II. 2. b) der Gründe.

<sup>131</sup> Geimer, in: Zöller, ZPO, 26. Aufl., § 1059 Rdnr. 67; Voit, Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 02.11.2000 – III ZB 55/99 (Düsseldorf), ZZZ 114 (2001), 351, 356 f. BGH, Beschl. v. 02.11.2000 – III ZB 55/99 (Düsseldorf), DIS-Datenbank, unter II. 2. b) bb) der Gründe; so schon BGH, Urt. v. 14.05.1952 – II ZR 276/51 (Hamburg), MDR 1952, 487, 488. Vgl. auch OLG München, Beschl. v. 20.12.2006 – 34 Sch 17/06, DIS-Datenbank, unter II. 4. c) der Gründe (zu § 580 Nr. 4 ZPO); OLG Dresden, Beschl. v. 07.06.2006 – 11 Sch 2/06, DIS-Datenbank; OLG Stuttgart, Beschl. v. 03.06.2003 – 1 Sch 02/03, DIS-Datenbank, unter II. 1. a) der Gründe zu den Restitutionsgründen des § 580 Nr. 3 und Nr. 4 ZPO; kritisch für diese beiden Restitutionsgründe (§ 580 Nr. 5 ZPO spielte in der Entscheidung keine Rolle) Nacimiento/G. Geimer, Anmerkung zu OLG Stuttgart, Beschl. v. 16.07.2002 – 1 Sch 08/02, SchiedsVZ 2003, 88, 91 f.; kritisch auch Rüßmann, Der erschlissene Schiedsspruch, in: FS Schlosser, S. 785, 797 ff.

<sup>132</sup> Tröndle/Fischer, StGB, 53. Aufl., § 331 Rdnr. 11.

<sup>133</sup> Tröndle/Fischer, StGB, 53. Aufl., § 331 Rdnr. 29.



muß nach dem Wortlaut als Gegenleistung für eine konkrete Handlung gefordert werden.<sup>134</sup> Aus dem Wort „für“ wird das Tatbestandsmerkmal der Unrechtsvereinbarung abgeleitet, das eine zumindest stillschweigende Übereinkunft der Beteiligten über die Vorteilsgewährung als Gegenleistung erfordert.<sup>135</sup> Für den Straftatbestand der Bestechlichkeit nach § 332 Abs. 2 StGB muß zum voll verwirklichten Tatbestand der Vorteilsannahme hinzukommen, daß der Schiedsrichter durch die schiedsrichterliche Handlung seine Pflichten als Schiedsrichter verletzt hat oder verletzen würde. Nach § 332 Abs. 3 StGB genügt in Fällen, in denen der Schiedsrichter den Vorteil als Gegenleistung für eine künftige Handlung fordert, sich versprechen läßt oder annimmt, wenn der Schiedsrichter sich dem anderen gegenüber bereit gezeigt hat, bei der Handlung seine Pflichten zu verletzen oder sich bei einer Ermessensentscheidung in der Ermessensausübung durch den Vorteil beeinflussen zu lassen. Der Tatbestand der Rechtsbeugung erfordert gemäß § 339 StGB, daß sich ein Schiedsrichter vorsätzlich bei der Leitung oder Entscheidung einer Rechtssache zugunsten oder zum Nachteil einer Partei einer Beugung des Rechts schuldig macht. Leitung oder Entscheidung einer Rechtssache erfordern eine wesensmäßig schiedsrichterliche Tätigkeit; Rechtsbeugung setzt nach der Rechtsprechung des *Bundesgerichtshofs* die objektiv falsche Anwendung von Rechtsregeln durch bewußten Rechtsbruch voraus.<sup>136</sup> Bei Kollegialentscheidungen muß weiter nachgewiesen sein, daß der Betreffende für die Entscheidung gestimmt hat, was im Hinblick auf das Beratungsgeheimnis kaum möglich sein wird.<sup>137</sup>

## 5. Dienstrechtliche Beschränkungen

Gegen die vorbehaltlose Übernahme eines Schiedsrichteramts kann dann ein einfachgesetzliches öffentliches und mithin der Dispositionsbefugnis der Parteien entzogenes Interesse bestehen, wenn der Betreffende öffentliche Aufgaben wahrnimmt. Dieser Vorbehalt gilt grundsätzlich für aktive Beamte und Richter. Verallgemeinert sind Hauptgründe für dienstrechtliche Beschränkungen der mit einem Schiedsgerichtsverfahren in aller Regel verbundene erhebliche zeitliche Aufwand, die daran anknüpfende und aus etwaigen Interessenkollisionen folgende Gefährdung dienstlicher Interessen, die Gefährdung der Unabhängigkeit des Amtes

116

<sup>134</sup> Das im Vergleich zu § 331 Abs. 1 StGB zusätzliche Tatbestandsmerkmal der Gegenleistung rechtfertigt die erhöhte Strafdrohung. Nach *Tröndle/Fischer*, StGB, 53. Aufl., § 331 Rdnr. 29a, greift bei Vorteilsgewährung ohne konkreten Bezug zu einer bestimmten Handlung Abs. 1 der Vorschrift, da Abs. 2 keine Lücke zwischen allgemeiner Dienstaussübung durch Amtsträger und konkreter richterlicher Diensthandlung schaffen wolle. Dies mag richtig sein, gilt allerdings nach dem eindeutigen Wortlaut nicht für Schiedsrichter, die im Gegensatz zu staatlichen Richtern keine Amtsträger sind, weshalb für Schiedsrichter aufgrund des strafrechtlichen Analogieverbots nicht auf Abs. 1 zurückgegriffen werden kann.

<sup>135</sup> *Tröndle/Fischer*, StGB, 53. Aufl., § 331 Rdnr. 23.

<sup>136</sup> *Tröndle/Fischer*, StGB, 53. Aufl., § 339 Rdnr. 5, zur Rechtssache, sowie § 399 Rdnr. 9 und Rdnr. 14 zur Rechtsbeugung m.w.N. zur Rechtsprechung und Kritik.

<sup>137</sup> Vgl. näher zum Beratungsgeheimnis *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnr. 961.

sowie das Ansehen der Justiz/Behörde – auch unter finanziellem Blickwinkel.<sup>138</sup> Diese Gründe schließen eine Schiedsrichtertätigkeit aber nicht generell aus. Folgerichtig wird die Beschränkung durch das Erfordernis einer vorherigen Genehmigung der Nebentätigkeit umgesetzt. Die Nebentätigkeitsgenehmigung ist ein begünstigender Verwaltungsakt, für dessen gerichtliche Wirksamkeitsprüfung ausschließlich die Verwaltungsgerichte zuständig sind.<sup>139</sup> Die beamtenrechtlichen Nebentätigkeitserfordernisse ergeben sich im einzelnen für aktive Bundesrichter aus § 46 DRiG i.V.m. § 65 BBG, für aktive Richter im Landesdienst aus § 71 Abs. 1 DRiG i.V.m. § 65 BBG und den entsprechenden landesrechtlichen Vorschriften, für aktive Bundesbeamte aus § 65 BBG sowie für aktive Landesbeamte aus § 42 BRRG und den entsprechenden landesrechtlichen Vorschriften. Nach Wortlaut und Zweck der jeweiligen Vorschriften bedarf lediglich die Übernahme eines Schiedsrichteramts der Nebentätigkeitsgenehmigung, nicht jedoch die sonstige Förderung des schiedsrichterlichen Verfahrens, insbesondere nicht die Förderung der Konstituierung durch Benennung oder Bestellung eines Schiedsrichters.<sup>140</sup>

- 117 Für aktive staatliche Richter gelten weitergehende Einschränkungen gemäß § 40 Abs. 1 DRiG. Die Schiedsrichtertätigkeit kann mit deren Stellung als gesetzlicher Richter in Bezug auf die dem schiedsrichterlichen Verfahren zugrunde liegende konkrete Streitigkeit kollidieren. Wenn der Richter bei Erteilung der Genehmigung mit der Sache befaßt ist oder nach der Geschäftsverteilung befaßt werden kann, ist die Genehmigung nach § 40 Abs. 1 Satz 2 DRiG zwingend zu versagen.<sup>141</sup> Dies ist uneingeschränkt sachgerecht, denn es verhindert, daß gegebenenfalls ein staatlicher Richter nach § 41 Nr. 6 Alt. 2 ZPO von der Ausübung des Richteramts ausgeschlossen werden müßte. Die Vorschrift räumt damit der richterlichen Amtsstellung Priorität gegenüber der Nebentätigkeit ein. Für die Prüfung des Tatbestandsmerkmals „mit der Sache befaßt“ im Sinne § 40 Abs. 1 Satz 2 DRiG sind zwei Kontrollüberlegungen

<sup>138</sup> Näher zu den einzelnen Genehmigungsvorbehalten und der Genehmigungspraxis *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnr. 544 ff., m.w.N., sowie sehr ausführlich *ders.*, Nebentätigkeit des Richters im schiedsrichterlichen Verfahren, in: FS Schlosser, S. 477, 478 ff. Rechtsprechung liegt wenig vor: *VGH Hessen*, Ur. v. 17.12.2003 – 1 UE 2541/02, BDVR 2004, 189, bestätigt unter Aufhebung der Vorinstanz (*VG Frankfurt a.M.*, Ur. v. 12.11.2001 – 9 E 4148/00(1), DIS-Datenbank) die Versagung einer Nebentätigkeitsgenehmigung für einen staatlichen Richter wegen landesrechtlicher Vergütungshöchstgrenzen; *VG Ansbach*, Ur. v. 18.12.2002 – AN 1 K 00.01345, DIS-Datenbank, zur Honorarablieferungspflicht des Schiedsrichters bei nach Landesrecht überschrittener Höchstgrenze; *VG Düsseldorf*, Ur. v. 11.07.1995 – 2 K 3323/94, unveröffentlicht, (auszugsweise zitiert bei *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnr. 548) zur Beschränkung auf ein Schiedsgerichtsverfahren nach Landesrecht.

<sup>139</sup> *Lachmann*, Nebentätigkeit des Richters im schiedsrichterlichen Verfahren, in: FS Schlosser, S. 477, 486.

<sup>140</sup> *Albers*, in: Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 63. Aufl., § 40 DRiG Rdnr. 1; *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnr. 527; *Schütze*, Schiedsgericht und Schiedsverfahren, 3. Aufl., Rdnr. 31.

<sup>141</sup> § 40 Abs. 1 Satz 2 DRiG hat folgenden Wortlaut: „Die Genehmigung ist zu versagen, wenn der Richter zur Zeit der Entscheidung über die Erteilung der Genehmigung mit der Sache befaßt ist oder nach der Geschäftsverteilung befaßt werden kann.“ *Hirsch*, Schiedsgerichte – ein Offenbarungseid für die staatlichen Gerichte?, *SchiedsVZ* 2003, 49, 52, stellt heraus, daß Auslegungsprobleme bei diesem Versagungsgrund nicht bestehe, bei anderen aber sehr wohl.

erforderlich.<sup>142</sup> Zum einen sind die gerichtlichen Zuständigkeiten für das Verfahren zu bestimmen, das Gegenstand des schiedsrichterlichen Verfahrens ist, wenn die Schiedsvereinbarung unberücksichtigt gelassen wird. Zum anderen sind die gerichtlichen Zuständigkeiten für die gerichtlichen Rechtsbehelfe während des schiedsrichterlichen Verfahrens und nach dem Schiedsspruch zu bestimmen. Auf etwaige Vertretungsregelungen nach dem Geschäftsverteilungsplan kommt es dabei grundsätzlich nicht an.<sup>143</sup> Ist der Richter tatsächlich im Zeitpunkt der Entscheidung über die Nebentätigkeitsgenehmigung befaßt, oder kann er aufgrund der Kontrollüberlegungen befaßt werden, besteht ein schiedsrichterbezogenes Konstituierungshindernis.

Problematischer ist § 40 Abs. 1 Satz 1 DRiG mit folgendem Wortlaut:

118

„Eine Nebentätigkeit als Schiedsrichter oder Schiedsgutachter darf dem Richter nur genehmigt werden, wenn die Parteien des Schiedsvertrags ihn gemeinsam beauftragen oder wenn er von einer unbeteiligten Stelle benannt ist.“

Diese Vorschrift ist in erheblicher Weise praxisrelevant: Gelegentlich sehen sehr schlanke Schiedsvereinbarungen als wesentliche Regelung vor, daß (alle) Schiedsrichter (eines Dreier-Schiedsgerichts) staatliche Richter sein müssen. Es werden aber auch ohne dahingehende Parteivereinbarung staatliche Richter von lediglich einer der Parteien bestellt. Nicht selten erhalten auf dieser Grundlage bestellte Schiedsrichter die beantragte Nebentätigkeitsgenehmigung.<sup>144</sup>

Den beiden Erlaubnisvorbehalten des § 40 Abs. 1 Satz 1 DRiG liegen abstrakte statusrechtliche Bedenken zugrunde. Der Zweck soll darin bestehen, daß ein staatlicher Richter seine Kenntnisse und Autorität nicht einseitig einer Partei zur Verfügung stellen dürfe.<sup>145</sup> Offenbar bestehen nach der Gesetzeskonzeption bei zum Beispiel einseitiger Beauftragung dagegen Bedenken. Darüber hinaus soll die Regelung dem Schutz der Unabhängigkeit dienen: Das *Kammergericht* führt aus, § 40 Abs. 1 Satz 1 DRiG flankiere § 39 DRiG, wonach Berufsrichter innerhalb und außerhalb ihres Amtes eine Verhaltenspflicht trifft, die das Vertrauen in ihre

119

<sup>142</sup> Dazu *Lachmann*, Nebentätigkeit des Richters im schiedsrichterlichen Verfahren, in: FS Schlosser, S. 477, 482 f.; vgl. auch *OLG Stuttgart*, Beschl. v. 16.07.2002 – 1 Sch 08/02, DIS-Datenbank, unter III. 2. c) cc) der Gründe, das zwar unschädlich, aber unnötig auch die Möglichkeit der Befassung aufgrund einer möglichen Vertretungsregelung überprüft; *OLG Hamburg*, Urt. v. 14.12.1982 – 9 U 22/82, VersR 1983, 787, 787.

<sup>143</sup> *Lachmann*, Nebentätigkeit des Richters im schiedsrichterlichen Verfahren, in: FS Schlosser, S. 477, 483, unter Verweis auf *BVerwG*, Urt. v. 30.06.1983 – 2 C 57/82 (Münster), DVBl 1984, 49, 51.

<sup>144</sup> *Lachmann*, Nebentätigkeit des Richters im schiedsrichterlichen Verfahren, in: FS Schlosser, S. 477, 489. Aus der Rechtsprechung – alle Schiedsrichter müssen staatliche Richter sein: *KG*, Beschl. v. 06.05.2002 – 23 Sch 01/02, DIS-Datenbank; Bestellung staatlicher Richter als beisitzende Schiedsrichter: *OLG Hamm*, Beschl. v. 18.09.2003 – 17 SchH 07/03, DIS-Datenbank; *OLG Stuttgart*, Beschl. v. 16.07.2002 – 1 Sch 08/02, DIS-Datenbank.

<sup>145</sup> *Albers*, in: Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 63. Aufl., § 40 DRiG Rdnr. 2.

Unabhängigkeit nicht gefährdet. Eine Gefährdung sei aber dann gegeben, „wenn Berufsrichter außerhalb ihres Amtes eine Schiedsrichtertätigkeit ausüben, in der sie nicht als unparteiische Dritte, sondern als Vertrauensleute einer einzelnen Partei erscheinen.“<sup>146</sup> Diese strukturellen Bedenken gegen die Unabhängigkeit des von einer Partei bestellten Schiedsrichters sind nicht gerechtfertigt, da auch sie uneingeschränkt dem Erfordernis der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit unterliegen.<sup>147</sup>

120 § 40 Abs. 1 Satz 1 DRiG hat zwei Alternativen: Die erste setzt voraus, daß die Parteien den Schiedsrichter gemeinsam beauftragen. Der Begriff „beauftragen“ deutet auf ein materielles Rechtsgeschäft, also den Schiedsrichtervertrag, hin. Mit diesem Verständnis liefe die Regelung allerdings leer, da der Schiedsrichtervertrag immer mit allen Parteien des Schiedsverfahrens geschlossen wird. Es muß im Ergebnis gemeinsame Benennung gemeint sein. Denn soll § 40 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 DRiG keine lediglich formale Verfahrensvorschrift sein, sondern vielmehr eine tatsächlich einvernehmliche gemeinsame Auswahl des Schiedsrichters erfordern, gewährleistet dies gemeinsame Benennung. Es muß nicht auf Bestellung abgestellt werden, denn solange die Parteien den bestellten Schiedsrichter gemeinsam benannt haben, ist es nach dem Schutzzweck irrelevant, wer den Schiedsrichter bestellt. Bestellen die Parteien den Schiedsrichter gemeinsam, liegt darin eine Zustimmung der einen Partei zur Benennung der anderen. Bestellt eine Partei einen nicht gemeinsam benannten Schiedsrichter allein, reicht es nicht, wenn die andere Partei die Bestellung lediglich passiv akzeptiert, ihr aber nicht explizit zustimmt. Zur Zustimmung ist eine Partei weder unter dem Gesichtspunkt der Verfahrensförderungspflicht verpflichtet, noch wird Zustimmung durch die Schiedsvereinbarung antizipiert.<sup>148</sup>

121 § 40 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 DRiG setzt voraus, daß der Schiedsrichter von einer unbeteiligten Stelle benannt ist. Stellt man auf den prozeßrechtlichen Beteiligtenbegriff ab, fordert „unbeteiligte Stelle“ streng genommen keinen zwangsläufig neutralen Dritten. Auch mit diesem Verständnis wäre die Regelung aber leicht zu unterlaufen. Der Begriff Benennung ist nach Sinn und Zweck der Vorschrift allerdings präzise, da es bei unbeteiligter Benennung nicht darauf ankommt, wer den Benannten bestellt. Daß hier jedenfalls nicht Bestellung gemeint sein kann, zeigt die sonst eröffnete Umgehungsmöglichkeit, indem die Partei der unbeteiligten Stelle den Schiedsrichter vorschlägt (benennt), die ihn dann lediglich im Sinne § 40 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 DRiG bestellt. Dann hätte sie ihn auch allein benennen und bestellen

<sup>146</sup> KG, Beschl. v. 06.05.2002 – 23 Sch 01/02, DIS-Datenbank, unter II. 2. b) der Gründe; ähnlich OLG Hamm, Beschl. v. 18.09.2003 – 17 SchH 07/03, DIS-Datenbank, unter II. 2. b) der Gründe.

<sup>147</sup> Näher Rdnrn. 181 ff.

<sup>148</sup> Vgl. OLG Hamm, Beschl. v. 18.09.2003 – 17 SchH 07/03, DIS-Datenbank, unter II. 2. b) der Gründe; zustimmend: Theune, in: Schütze, Institutionelle Schiedsgerichtsbarkeit, 2006, § 2 DIS-VerfO Rdnr. 4.

können, was die Norm gerade verhindern soll.

Im Hinblick auf die nun zu untersuchenden Rechtsfolgen von Verstößen gegen Konstituierungshindernisse sind die Parteien gut beraten, zumindest das schlichte Vorliegen von erforderlichen Nebentätigkeitsgenehmigungen sicherzustellen. Denn eine rechtswidrig erteilte Nebentätigkeitsgenehmigung schadet im schiedsrichterlichen Verfahren bis zu ihrer Rücknahme nicht.<sup>149</sup> Dies folgt daraus, daß eine Nebentätigkeitsgenehmigung ein begünstigender Verwaltungsakt ist, der bei Rechtswidrigkeit bis zu seiner Rücknahme wirksam bleibt, es sei denn, er wäre nichtig, vgl. § 43 Abs. 2 und Abs. 3 VwVfG. Soweit eine von der zuständigen Dienstaufsichtsbehörde erteilte schriftliche Nebentätigkeitsgenehmigung vorliegt, kommt Nichtigkeit allein nach § 44 Abs. 1 VwVfG in Betracht, wonach die rechtswidrig erteilte Genehmigung nichtig ist, soweit sie „an einem besonders schwerwiegenden Fehler leidet und dies bei verständiger Würdigung aller in Betracht kommenden Umstände offensichtlich ist“. Diese Voraussetzungen liegen bei fehlerhafter Nebentätigkeitsgenehmigung nicht vor, da nicht jeder Gesetzesverstoß einem schwerwiegenden Fehler gleichkommt und der Fehler nicht offensichtlich ist. Auch wenn gegen zwingende Rechtsvorschriften verstoßen wurde, steht die Nebentätigkeit nicht in einem so schwerwiegenden Widerspruch zur Rechtsordnung und den ihr zugrunde liegenden Wertvorstellungen, daß der die Genehmigung erteilende Verwaltungsakt in seinen Auswirkungen schlicht unerträglich wäre und der Rechtsverstoß einem Verstoß gegen die Rechtsordnung insgesamt gleichkommt.<sup>150</sup> Deshalb ist eine fehlerhaft erteilte Nebentätigkeitsgenehmigung lediglich zurücknehmbar. Sie ist nicht anfechtbar, da eine anfechtungsbefugte Person fehlt: Der Schiedsrichter ist als Begünstigter nicht anfechtungsbefugt; die Parteien des schiedsrichterlichen Verfahrens sind im verwaltungsrechtlichen Verfahren nicht antragsbefugt, da sie durch die Genehmigung nicht beschwert sind.

122

## II. Rechtsfolgen

Die Gemeinsamkeit der ersten vier Verbots-Fallgruppen (Verbote des Schiedsrichters in eigener Sache, der beschränkt geschäftsfähigen Schiedsrichtertätigkeit, der Schiedsrichtertätigkeit von juristischen Personen oder Behörden und des Strafrechts) besteht darin, daß die Rechts-

123

<sup>149</sup> So auch *Albers*, in: Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 63. Aufl., § 40 DRiG Rdnr. 4; *Lachmann*, Nebentätigkeit des Richters im schiedsrichterlichen Verfahren, in: FS Schlosser, S. 477, 487; *Münch*, in: Münchener Kommentar, ZPO, 2. Aufl., Vor § 1034 Rdnr. 28; *Theune*, in: Schütze, Institutionelle Schiedsgerichtsbarkeit, 2006, § 2 DIS-VerfO Rdnr. 4. Seinerzeit offen gelassen: *BGH*, Urt. v. 11.02.1971 – VII ZR 73/69 (Karlsruhe), DIS-Datenbank, unter II. der Gründe, da die jedenfalls fehlerhafte Genehmigung sich nicht auf den von den Parteien geschlossenen Schiedsvergleich ausgewirkt haben kann.

<sup>150</sup> So zutreffend *OLG Hamm*, Beschl. v. 18.09.2003 – 17 SchH 07/03, DIS-Datenbank, unter II. 2. b) der Gründe.

ordnung in diesen Fällen schon die abstrakte Möglichkeit zur Schiedsrichtertätigkeit verneint. In der 5. Fallgruppe besteht mit dem Nebentätigkeitserfordernis lediglich eine präventive Kontrolle. Die Bestellung selbst ist in allen Fallgruppen stets wirksam. Denn unabhängig davon, daß der Schiedsrichter an seiner Bestellung nicht beteiligt ist, liegt das Konstituierungshindernis jeweils in der prozessualen Mitwirkung eines Schiedsrichters im Verfahren, also einer (schieds-) richterlichen Prozeßhandlung. Der allgemeinen Regel für gesetzeswidrige Prozeßhandlungen entsprechend ist Rechtsfolge nicht die Nichtigkeit der betreffenden Prozeßhandlung, sondern lediglich deren prozessuale Anfechtbarkeit.<sup>151</sup> Für die Fallgruppe fehlender Geschäftsfähigkeit des Schiedsrichters wird davon eine Ausnahme vereinzelt befürwortet.<sup>152</sup> Dies überzeugt nicht, denn wie § 1059 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. b) ZPO zeigt, führt selbst ein Verstoß gegen den *ordre public* (sowohl ein solcher gegen den materiellrechtlichen als auch gegen den verfahrensrechtlichen<sup>153</sup>) lediglich zur Aufhebbarkeit eines Schiedsspruchs. Diese gesetzliche Wertung würde unterlaufen, wenn es Konstituierungshindernisse gäbe, die zur Nichtigkeit des Schiedsspruchs führten. Es bleibt deshalb dabei, daß alle schiedsrichterbezogenen Konstituierungshindernisse nur aufgrund eines Rechtsbehelfes zur Geltung gebracht werden, es sei denn, die Parteien reagieren dem allgemeinen Konstituierungsgrundsatz der fortbestehenden personellen Verfahrensherrschaft gemäß pragmatisch gemeinsam und beenden das Schiedsrichteramt einvernehmlich. In der Praxis dürften dafür in einem sehr frühen Verfahrensstadium Chancen dann bestehen, wenn eine Partei den „Fehlgriff“ ihrer Bestellung vornehmlich selbst zu beseitigen anstrebt. In Teilbereichen der 5. Fallgruppe bestehen zudem Heilungsmöglichkeiten dann, wenn die Parteien an einem staatlichen Richter als Schiedsrichter übereinstimmend festhalten wollen. Sie können die tatbestandlichen Voraussetzungen für die Erteilung einer Nebentätigkeitsgenehmigung herbei-

<sup>151</sup> Musielak, in: Musielak, ZPO, 5. Aufl., Einl. Rdnr. 53; dies übersieht Hartmann, in: Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 65. Aufl., § 1029 Rdnr. 6, der meint, der Schiedsrichter falle unmittelbar weg, wenn er zur Partei wird.

<sup>152</sup> Vgl. Schlosser, in: Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl., § 1038 Rdnr. 2.

<sup>153</sup> Münch, in: Münchener Kommentar, ZPO, 2. Aufl., § 1059 Rdnr. 23.

<sup>154</sup> Diese Vorgehensweise ist sehr zu empfehlen, wenn ein aktiver staatlicher Richter zwar die Nebentätigkeitsgenehmigung erteilt bekommen hat, eine § 40 Abs. 1 Satz 1 DRiG genügende Bestellung aber nicht vorliegt.

<sup>155</sup> Einigen sich die Verfahrensbevollmächtigten der Parteien auf diese Vorgehensweise, ist zu gewährleisten, daß die Verfahrensvollmachten dazu berechtigen, was selten der Fall ist, vgl. Lachmann, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnr. 2084 f. Zweifel an dieser Heilungsmöglichkeit äußert Mecklenbrauck, Anmerkung zu KG, Beschl. v. 06.05.2002 – 23 Sch 01/02, SchiedsVZ 2003, 186, 186 f., die für den Fall berechtigt sind, daß man eine Zustimmungspflicht zur wiederholten Bestellung annimmt. Ändern die Parteien aber die Schiedsvereinbarung und bestellen die Schiedsrichter formal neu, spricht viel für die Wirksamkeit der Heilung. Deshalb sollte die durchgeführte Bildung des Schiedsgerichts nicht lediglich von allen Parteien bestätigt werden.

<sup>156</sup> Dies ist konstruktiv z.B. für die Bestellung eines Richters am Landgericht möglich, auch ohne die Schiedsvereinbarung damit auszuhebeln: „Für den Fall, daß – aus welchem Grund auch immer – entgegen der Schiedsvereinbarung der ordentliche Rechtsweg für die Parteien eröffnet ist, vereinbaren die Parteien für die von der Schiedsvereinbarung umfaßten Streitigkeiten abweichend von der gesetzlichen die Zuständigkeit des Landgerichts ...“ Wenn die Parteien einen Richter des für das schiedsrichterliche Verfahren nach §§ 1025, 1062 ZPO zuständigen Oberlandesgerichts als Schiedsrichter in Aussicht nehmen, reicht die Vereinbarung eines anderen nach § 1062 Abs. 1 ZPO. Praxiserprobt sind diese Ansätze soweit ersichtlich nicht.

führen oder bei einer fehlerhaft erteilten Nebentätigkeitsgenehmigung den Grund für die Fehlerhaftigkeit beseitigen. Heilung bietet sich vor allem in Fällen von Verstößen gegen § 40 Abs. 1 Satz 1 DRiG an: Sind sich die Parteien einig, können sie den bzw. die zunächst einseitig bestellten oder benannten Schiedsrichter noch einmal gemeinsam bestellen.<sup>154</sup> Bei dieser formell einfach erscheinenden Vorgehensweise ist zu beachten, daß damit eine zumindest konkludente Änderung der Schiedsvereinbarung einhergeht.<sup>155</sup> Heilung ist auch in den Fällen § 40 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 DRiG (mögliche Befassung nach Geschäftsverteilungsplan) denkbar: Die Parteien könnten durch eine gegenüber der Schiedsvereinbarung subsidiäre Gerichtsstandsvereinbarung verhindern, daß der Bestellte nach dem Geschäftsverteilungsplan zuständig werden kann.<sup>156</sup>

Scheitern pragmatische Lösungsansätze, kommen während des schiedsrichterlichen Verfahrens in allen fünf Fallgruppen die destruktiven konstituierungsbezogenen Rechtsbehelfe des Beendigungsverfahrens und des Ablehnungsverfahrens in Frage. Liegt ein schiedsrichterbezogenes Konstituierungshindernis vor, ist jedoch allein das Beendigungsverfahren einschlägig. Denn das Ablehnungsverfahren hat die Durchsetzung der gesetzlichen sowie der parteivereinbarten Bestellungskriterien zum Gegenstand, wobei es auf eine einzelfallbezogene Betrachtung ankommt. Demgegenüber ist den fünf Fallgruppen die generelle Natur des schiedsrichterbezogenen Konstituierungshindernisses gemeinsam. Die Verstöße stellen sich aus der Sicht des Schiedsrichters materiellrechtlich als Unmöglichkeit dar: Nur weil dem Prozeßrecht insoweit zunächst der Vorrang eingeräumt ist, wird das Tätigwerden eines Schiedsrichters entgegen einem der Verbote von der Rechtsordnung überhaupt als Schiedsrichtertätigkeit behandelt. Solchermaßen rechtliche Unmöglichkeit als Grund für die Beendigung des Schiedsrichteramts sieht § 1038 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 ZPO vor, in dem es zwar heißt „rechtlich außerstande ..., seine Aufgaben zu erfüllen“. Damit ist jedoch der Fall Unmöglichkeit gemeint, wie die amtliche Überschrift „Untätigkeit oder Unmöglichkeit der Aufgabenerfüllung“ zeigt. Rechtliche Unmöglichkeit liegt dann vor, wenn eine Leistung aus Rechtsgründen nicht erbracht werden kann, namentlich dann, wenn ihr ein dauerndes Rechtshindernis entgegensteht.<sup>157</sup> Dauernd ist ein Rechtshindernis in Bezug auf das Schiedsrichteramt, wenn dieses überhaupt nicht beseitigt werden kann, oder wenn zur Beseitigung außer der Mitwirkung des Schiedsrichters selbst weitere Handlungen der Verfahrensbeteiligten oder Dritter erforderlich sind. Da alle fünf Fallgruppen in diesem Sinne rechtliche Unmöglichkeit begründen, sind Verstöße mit dem spezielleren Rechtsbehelf im Beendigungsverfahren durchzusetzen.

124

<sup>157</sup> Heinrichs, in: Palandt, BGB, 66. Aufl., § 275 Rdnr. 16.

- 125 Wird die Geltendmachung der Konstituierungshindernisse auf das Beendigungsverfahren beschränkt, vermeidet dies nicht nur sprachliche Korrekturen im Ablehnungsverfahren,<sup>158</sup> sondern hat außerdem den dogmatischen Vorteil, Ausnahmen im Ablehnungsverfahren zu vermeiden: Denn für die Geltendmachung von Ablehnungsgründen besteht nach § 1036 Abs. 2 Satz 2 ZPO ein gesetzlich geregelter Verwirkungseinwand und bestehen nach § 1037 Abs. 2 Satz 1 ZPO sowie § 1037 Abs. 3 Satz 1 ZPO Präklusionsregeln. Es führt zu dogmatischen Schwierigkeiten, wie in Bezug auf die Konstituierungshindernisse mit diesen Einschränkungen der Durchsetzbarkeit umgegangen werden soll. Denn eine Gemeinsamkeit der Verstöße der ersten vier Fallgruppen ist es, daß es sich um unverzichtbare Konstituierungshindernisse handelt. Weil sie unverzichtbar sind, können sie nicht präkludierbar sein. Dies zeigt die strukturelle Ungeeignetheit des Ablehnungsverfahrens. Da die Beschränkungen des gesetzlichen geregelten Verwirkungseinwands und der Präklusion im Beendigungsverfahren nicht bestehen, ist dieses Verfahren also auch geeigneter als das Ablehnungsverfahren.
- 126 Die Richtigkeit der alleinigen Einschlägigkeit des Beendigungsverfahrens zeigt sich schließlich daran, daß im Ablehnungsverfahren bei Fehlen abweichender Parteivereinbarungen zunächst nach § 1037 Abs. 2 Satz 2 ZPO das Schiedsgericht für die Entscheidung über das Ablehnungsgesuch berufen ist. In den fünf Fallgruppen wird dem Schiedsrichter aber die rechtliche Fähigkeit zur Bekleidung des Schiedsrichteramts von der Rechtsordnung versagt. Es wäre deshalb sinnlos, das Schiedsgericht – womöglich den Einzelschiedsrichter – zunächst über das geltend gemachte Konstituierungshindernis entscheiden zu lassen. Auch insoweit müßte also das Ablehnungsverfahren modifiziert werden. Das Beendigungsverfahren hingegen sieht strukturell folgerichtig keinen vorrangigen Rechtsbehelf zum Schiedsgericht vor. Deshalb sind schiedsrichterbezogene Konstituierungshindernisse während des schiedsrichterlichen Verfahrens ausschließlich mit dem Rechtsbehelf des Beendigungsverfahrens geltend zu machen.<sup>159</sup>
- 127 In den Verfahren nach dem Schiedsspruch sind die Aufhebungsgründe der fehlerhaften Bildung des Schiedsgerichts, § 1059 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. d) ZPO, und eines Verstoßes gegen den verfahrensrechtlichen ordre public, § 1059 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. b) ZPO, zu untersuchen.<sup>160</sup>

<sup>158</sup> Ließe man Ablehnung des nicht voll geschäftsfähigen Schiedsrichters zu, müßte erklärt werden, wieso jemand parteiisch und/oder abhängig ist, dem man den freien Willen gerade abspricht; auch juristische Personen und Behörden können nicht als solche befangen sein.

<sup>159</sup> Zum Verfahren Rdnrn. 279 ff.

<sup>160</sup> Ausführlich Rdnrn. 378 ff.



Allerdings bestehen in zwei Fällen schiedsrichterbezogener Konstituierungshindernisse für das Beendungsverfahren besondere Zulässigkeitsvoraussetzungen, weil die Überprüfung der Tatbestandsvoraussetzungen des Konstituierungshindernisses in beiden Fällen nicht im Zivilrechtsweg erfolgt: Dies betrifft die gesamte Fallgruppe der strafrechtlichen Verbote. Im Hinblick auf die strafrechtliche Unschuldsvermutung steht das Konstituierungshindernis in der Regel erst nach einer strafrechtlichen Verurteilung fest,<sup>161</sup> so daß schon aus Zeitgründen das Konstituierungshindernis während des Beendungsverfahrens in der Regel nicht durchsetzbar ist. Im Aufhebungsverfahren hilft die Rechtsprechung deshalb zum Teil mit § 826 BGB. Während des laufenden schiedsrichterlichen Verfahrens kann Hilfe im Ablehnungsverfahren liegen, wenn allein auf die Tathandlung und nicht auf den Verstoß gegen einen Straftatbestand als Konstituierungshindernis abgestellt wird. Denn liegen Umstände vor, die den Verdacht einer straftatbestandlichen Handlung begründen, kann ein Schiedsrichter wegen des darin liegenden verhaltensbedingten Befangenheitsgrundes abgelehnt werden.

128

Ein ähnliches Problem stellt sich in einer Variante der Fallgruppe dienstrechtlicher Beschränkungen, nämlich im Fall einer fehlerhaft erteilten Nebentätigkeitsgenehmigung. Für die Rechtmäßigkeitsprüfung einer erteilten Nebentätigkeitsgenehmigung sind allein die Verwaltungsgerichte zuständig. Solange die Nebentätigkeitsgenehmigung nicht zurückgenommen oder gerichtlich aufgehoben worden ist, deckt sie als wirksame Nebentätigkeitsgenehmigung die schiedsrichterliche Tätigkeit. Da das Oberlandesgericht für die Wirksamkeitsprüfung nicht zuständig ist, kann die Unwirksamkeit der erteilten Nebentätigkeitsgenehmigung nicht im Beendungsverfahren geltend gemacht werden.<sup>162</sup> Auch hier kann auf das Ablehnungsverfahren ausgewichen werden. *Lachmann* schlägt dafür folgende überzeugende Argumentation vor:<sup>163</sup> Die Wirksamkeit einer etwaig erforderlichen und erteilten Nebentätigkeitsgenehmigung sei ein konkludent parteivereinbartes Bestellungskriterium im Sinne § 1036 Abs. 2 Satz 1 ZPO. Denn die Parteien gingen auch bei Erforderlichkeit einer Nebentätigkeitsgenehmigung nach der Parteivereinbarung übereinstimmend davon aus, daß ein Dritter das Schiedsrichteramt nicht ohne weiteres beenden kann. Genau dieses Einschreiten aber drohe im Fall einer rechtswidrig erteilten Nebentätigkeitsgenehmigung, weil diese als begünstigender Verwaltungsakt nach § 48 Abs. 1 Satz 2 VwVfG innerhalb der Jahresfrist des § 48 Abs. 4 Satz 1

129

<sup>161</sup> Vgl. Rdnr. 114.

<sup>162</sup> So im Ergebnis auch *OLG Hamm*, Beschl. v. 18.09.2003 – 17 SchH 07/03, DIS-Datenbank, unter II. 2. b) der Gründe, allerdings ohne auf die fehlende Prüfungskompetenz hinzuweisen.

<sup>163</sup> *Lachmann*, Nebentätigkeit des Richters im schiedsrichterlichen Verfahren, in: FS Schlosser, S. 477, 488, entwickelt die Argumentation allerdings für den Fall fehlender Nebentätigkeitsgenehmigung. Das *OLG Hamm*, Beschl. v. 18.09.2003 – 17 SchH 07/03, DIS-Datenbank, unter II. 3. der Gründe, ließ die Frage nach der grundsätzlichen Ablehnungsmöglichkeit offen, weil jedenfalls die maßgebliche Ablehnungsfrist versäumt worden war.

VwVfG zurückgenommen werden kann. Dabei wird es darauf ankommen, ob der Schiedsrichter auf die Wirksamkeit der Nebentätigkeitsgenehmigung vertrauen durfte, was auszuschließen wäre, wenn er sie durch unrichtige oder unvollständige Angaben erwirkt hat, oder er die Rechtswidrigkeit kannte oder grob fahrlässig nicht kannte, vgl. § 48 Abs. 2 Satz 3 Nrn. 2 und 3 VwVfG analog. Da die Rücknahme wegen einer dieser Tatbestände – von zwischen Schiedsrichter und Genehmigungsbehörde unstreitiger Bestandskraft der rechtswidrigen Nebentätigkeitsgenehmigung abgesehen – nicht generell auszuschließen ist, kann deshalb wegen des Fehlens einer parteivereinbarten Voraussetzung das Ablehnungsverfahren betrieben werden.

- 130 Das Problem der fehlenden Zuständigkeit für die Rechtmäßigkeitsprüfung im Beendigungsverfahren besteht allerdings nur dann, wenn eine Nebentätigkeitsgenehmigung rechtswidrig erteilt worden war. Fehlt eine Nebentätigkeitsgenehmigung überhaupt, kann die wirksame Bestellung des Schiedsrichters im Beendigungsverfahren angegriffen werden, da das Oberlandesgericht bei der abstrakten Prüfung der Erforderlichkeit einer Nebentätigkeitsgenehmigung anders als bei der Wirksamkeitsprüfung nicht in die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte eingreift. Obwohl auch in diesem Fall ablehnungsrechtlich argumentiert werden kann, da die Beendigung des Schiedsrichteramts durch eine Untersagungsverfügung der Dienstaufsichtsbehörde droht, ist das Beendigungsverfahren bei Fehlen der erforderlichen Nebentätigkeitsgenehmigung der geeignetere Weg der Rechtsdurchsetzung, denn insbesondere droht keine Präklusion.

## **B Schiedsgerichtsbezogenes Verbot eines Konstituierungsübergewichts**

Neben den untersuchten schiedsrichterbezogenen Verboten hat schiedsgerichtsbezogen 131  
§ 1034 Abs. 2 ZPO Auswirkungen auf die Verfahrensherrschaft der Parteien und begründet ein Konstituierungshindernis. Die Regelung bezweckt zu verhindern, daß die konstituierungsbezogene Parteivereinbarung einer Partei ein Übergewicht bei der Zusammensetzung des Schiedsgerichts gibt, das die andere Partei benachteiligt. In einem solchen Fall kann die andere (benachteiligte) Partei das staatliche Gericht im Ersetzungsverfahren nach § 1034 Abs. 2 ZPO mit dem Antrag anrufen, den oder die Schiedsrichter abweichend von der erfolgten Ernennung oder der Ernennungsregelung zu bestellen. Selbst das schiedsgerichtsbezogene Verbot des Konstituierungsübergewichts löst also lediglich einen Rechtsbehelf aus, mit dessen Geltendmachung das Konstituierungshindernis durchgesetzt werden soll. Dies zeigt erneut den weiten Umfang, in dem die Verfahrensherrschaft der Parteien respektiert wird. Zunächst werden die allgemeinen Tatbestandsvoraussetzungen des § 1034 Abs. 2 ZPO erörtert, um im Anschluß daran drei Fallgruppen zu systematisieren.

### **I. Tatbestandsvoraussetzungen gemäß § 1034 Abs. 2 ZPO**

Nach § 1034 Abs. 2 Satz 1 ZPO kann eine Partei bei Gericht beantragen, den oder die 132  
Schiedsrichter abweichend von der erfolgten Ernennung oder der vereinbarten Ernennungsregelung zu bestellen, wenn die Schiedsvereinbarung bei der Zusammensetzung des Schiedsgerichts einer Partei ein Übergewicht gibt, das die andere Partei benachteiligt. Der Antrag ist nach Satz 2 der Vorschrift spätestens bis zum Ablauf von zwei Wochen, nachdem der Partei die Zusammensetzung des Schiedsgerichts bekannt geworden ist, zu stellen. § 1034 Abs. 2 ZPO ist Schutznorm. Satz 1 und Satz 2 der Vorschrift stellen auf die Zusammensetzung des Schiedsgerichts ab und verdeutlichen, daß Verstöße ein schiedsgerichtsbezogenes Konstituierungshindernis begründen. Die Zusammensetzung des Schiedsgerichts ist stets aus der Sicht einer Partei zu bestimmen. Sie ist erfolgt, wenn mindestens alle Schiedsrichter ernannt sind, für die diese Partei keine Bestellungsbefugnis besitzt.<sup>164</sup> Für § 1034 Abs. 2 ZPO sind also die Parteivereinbarungen zu untersuchen, die zur Ernennung der Schiedsrichter führen. Dabei sind die Regelungen aus der objektiven Sicht jeder Partei miteinander daraufhin zu vergleichen, ob ein Übergewicht zugunsten einer Partei besteht, das die andere Partei oder die anderen Parteien benachteiligt. Ein solches Übergewicht wird zur sprachlichen Vereinfachung als

---

<sup>164</sup> Vgl. zur Herleitung Rdnrn. 68 ff.

Konstituierungsübergewicht bezeichnet.

- 133 Problematisch an § 1034 Abs. 2 Satz 1 ZPO ist, daß nach dem Wortlaut der Vergleich auf die Schiedsvereinbarung bezogen ist. Schiedsvereinbarung wird legaldefiniert in § 1029 Abs. 1 ZPO als

„eine Vereinbarung der Parteien, alle oder einzelne Streitigkeiten, die zwischen ihnen in bezug auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis vertraglicher oder nichtvertraglicher Art entstanden sind oder künftig entstehen, der Entscheidung durch ein Schiedsgericht zu unterwerfen“.

Details der Konstituierung können, müssen jedoch nicht – vor allem nicht abschließend – in der Schiedsvereinbarung geregelt sein. Sie können vielmehr auch in gesonderter Parteivereinbarung niedergelegt werden. Seinem Schutzzweck entsprechend ist § 1034 Abs. 2 ZPO auf sonstige konstituierungsbezogene Parteivereinbarungen analog anzuwenden, um eine andernfalls naheliegende Umgehung der Schutznorm zu vermeiden.<sup>165</sup>

- 134 Die Voraussetzungen einer Analogie liegen vor. Erstens handelt es sich um eine echte Regelungslücke: Die wesentliche Gesetzesbegründung zum Zweck des § 1034 Abs. 2 ZPO erfolgte bereits bei der Begründung zu § 1029 Abs. 2 ZPO und konzentrierte sich auf die Begründung für den Wegfall der die Schiedsvereinbarung betreffenden Nichtigkeitsfolge der Vorgängerregelung. Naheliegend wurde deshalb bei dieser Norm allein die in § 1029 ZPO geregelte Schiedsvereinbarung behandelt.<sup>166</sup> Wie die Begründung zeigt, ist das Problem übersehen worden. Zweitens ist die Interessenlage vergleichbar: Denn eine neben der Schiedsvereinbarung getroffene Parteivereinbarung, die ein Konstituierungsübergewicht begründet, enthält die gleiche Gefährdung für die benachteiligte Partei, wie dieselbe Regelung in gesonderter Parteivereinbarung. Die Gefahr ist dabei sogar noch erhöht, weil die in § 1031 ZPO enthaltenen gesteigerten Formanforderungen an eine Schiedsvereinbarung für sonstige Parteivereinbarungen nicht gelten.<sup>167</sup> Drittens ist auch die Schutzrichtung der Regelung identisch: Es geht in beiden Fällen um den identischen Schutz der benachteiligten Partei vor einem Konstituierungsübergewicht. Zwar bestehen im Schiedsgerichtsverfahren weitere der Parteivereinbarung zugängliche Regelungspunkte, in denen sich ein benachteiligendes Übergewicht einer Partei wirkungsvoll durchsetzen kann. Ein Beispiel ist die Vorgabe des Verfahrensortes im Sinne § 1043 Abs. 1 ZPO, der unter anderem darüber entscheidet, ob das

<sup>165</sup> So auch *Münch*, in: Münchener Kommentar, ZPO, 2. Aufl., § 1034 Rdnr. 5.

<sup>166</sup> Vgl. Regierungsbegründung des Gesetzentwurfes des Schiedsverfahrens-Neuregelungsgesetzes – SchiedsVfG, BT-Drucks. 13/5274, Begründungen zu §§ 1029 Abs. 2, 1034 Abs. 2 ZPO, S. 34 und 39.

<sup>167</sup> Vgl. *OLG Hamburg*, Beschl. v. 29.01.2004 – 11 W 93/03, DIS-Datenbank, unter II. 1. b) bb) (1) der Gründe auch mit Ausführungen zum geltenden Recht, obwohl der Fall nach der Vorgängerregelung des § 1027 ZPO a.F. zu beurteilen war und zusätzlich der Umstand einer statutarischen Schiedsvereinbarung komplizierte.

10. Buch der ZPO anwendbar ist, vgl. § 1025 Abs. 1 ZPO. Ein weiteres Beispiel ist ganz praktisch gesehen etwa die Bestimmung der Verfahrenssprache. Daß diese Formen benachteiligenden Übergewichts allerdings nicht Fälle von § 1034 Abs. 2 ZPO sein können,<sup>168</sup> macht schon dessen Rechtsfolge deutlich, nämlich gerichtliche Bestellung des Schiedsrichters. Diese Rechtsfolge spricht aber für die Analogie bezüglich aller Konstituierungsvereinbarungen. Es heißt sogar auf der Rechtsfolgenseite in § 1034 Abs. 2 Satz 1 ZPO, daß bei Gericht beantragt werden kann, „den oder die Schiedsrichter abweichend von der erfolgten Ernennung oder der vereinbarten Ernennungsregelung zu bestellen.“ Wäre wirklich lediglich ein Konstituierungsübergewicht in der Schiedsvereinbarung gemeint, hätte hier stringent formuliert werden müssen, daß die Bestellung „abweichend von der Regelung in der Schiedsvereinbarung“ erfolgt. Damit liegen die Voraussetzungen der Analogie vor: Nicht lediglich die Schiedsvereinbarung, sondern auch eine sonstige konstituierungsbezogene Parteivereinbarung kann ein Konstituierungsübergewicht enthalten, auf das § 1034 Abs. 2 ZPO anwendbar ist. Deshalb sind bei dem Vergleich im Hinblick auf das Vorliegen eines Übergewichts alle konstituierungsbezogenen Parteivereinbarungen zu untersuchen.

Übergewicht gemäß § 1034 Abs. 2 Satz 1 ZPO bedeutet, einer Partei auf die Konstituierung einen größeren Einfluß zu geben, als der oder den anderen. Bereits geringe Bevorzugungen reichen dafür aus.<sup>169</sup> Die Regelung ist eine Erweiterung des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Parteien. Der verfahrensrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz – also Gleichbehandlung der Parteien durch das Schiedsgericht und konstituierungsbezogen tätige Dritte – ist in § 1042 Abs. 1 Satz 1 ZPO ausdrücklich geregelt. Das Erfordernis der Gleichbehandlung auch bei der Zusammensetzung des Schiedsgerichts folgt erst aus § 1034 Abs. 2 ZPO.<sup>170</sup> Es geht dabei zwangsläufig noch nicht um Gleichbehandlung der Parteien durch das Schiedsgericht, sondern um Gleichbehandlung durch die Parteivereinbarung über die Konstituierung. Wird die (unzulässige) Personalisierung der Parteivereinbarung aufgelöst durch Zurückführen auf die hinter dieser Vereinbarung stehenden Personen, geht es mithin um Gleichbehandlung der Parteien untereinander.

135

Ergibt der Vergleich ein Übergewicht, muß dieses gemäß § 1034 Abs. 2 Satz 1 ZPO zu einer Benachteiligung der anderen Partei führen. Benachteiligen heißt, eine Partei prozessual

136

<sup>168</sup> So auch *Münch*, in: Münchener Kommentar, ZPO, 2. Aufl., § 1034 Rdnr. 5; sowie zu § 1025 Abs. 2 ZPO a.F. für den Fall des Verfahrensortes OLG Hamburg, Urt. v. 17.02.1989 – 1 U 86/87, RIW 1989, 574, 576.

<sup>169</sup> *Münch*, in: Münchener Kommentar, ZPO, 2. Aufl., § 1034 Rdnr. 6.

<sup>170</sup> *Kröll*, „Schiedsklauseln“ in Satzungen – zur Abgrenzung von Vereinsgericht und Schiedsgericht, ZIP 2005, 13, 18; *Münch*, in: Münchener Kommentar, ZPO, 2. Aufl., § 1034 Rdnr. 2; *Reichold*, in: Thomas/Putzo, ZPO, 27. Aufl., § 1034 Rdnr. 2. Vgl. zu diesem Zusammenhang bereits ausdrücklich die Regierungsbegründung des Gesetzentwurfes des Schiedsverfahrens-Neuregelungsgesetzes – SchiedsVfG, BT-Drucks. 13/5274, Begründung zu § 1029 Abs. 2 ZPO, S. 34.

schlechter zu stellen.<sup>171</sup> Es wurde darauf hingewiesen, daß die Tatbestandsvoraussetzung der Benachteiligung verwundert, denn jedes Übergewicht benachteiligt potentiell.<sup>172</sup> Benachteiligung hat dennoch eigenständige Bedeutung: Im Gegensatz zur Vorgängerregelung des § 1025 Abs. 2 ZPO a.F.<sup>173</sup> wurde der Tatbestand objektiviert, indem das rein subjektive Tatbestandsmerkmal des Nötigens entfällt. Benachteiligendes Übergewicht wird deshalb allein aus der objektiven Sicht einer Partei bestimmt; subjektive Elemente – wie etwa eine verwerfliche Motivlage – sind irrelevant.<sup>174</sup> Es kommt allein auf eine strukturelle Gefährdung an.<sup>175</sup> Damit enthält § 1034 Abs. 2 ZPO als Schutznorm einen Gefährdungstatbestand. Anknüpfung an Gefährdung verdeutlicht, auf welchen Zeitpunkt abzustellen ist: Entscheidend für die Beurteilung einer Gefahr ist immer die Sicht ex ante, hier also die objektive parteibezogene Sicht ex ante auf die konstituierungsbezogene Parteivereinbarung. Es ist demnach keine Tatbestandsvoraussetzung des § 1034 Abs. 2 Satz 1 ZPO, daß sich das Konstituierungsübergewicht auswirkt, indem es etwa zur Bestellung eines nicht neutralen Schiedsrichters oder zu einer für die überlegene Partei günstigen Entscheidung kommt. Im Zusammenspiel mit der folgerichtigen Anknüpfung an die Gefährdung bei der Ermittlung eines Konstituierungsübergewichts zeigt sich die eigenständige Bedeutung des Tatbestandsmerkmals der Benachteiligung. Denn es legt nahe, daß es Übergewichtskonstellationen im Sinne des § 1034 Abs. 2 ZPO gibt, die nicht benachteiligen, weil sie keine strukturelle Gefährdung im Sinne einer Schlechterstellung beinhalten. Daraus folgt aber auch, daß es bei den von dem Konstituierungsübergewicht des § 1034 Abs. 2 ZPO erfaßten Fällen lediglich um eine primäre Gefährdung der benachteiligten Partei durch ein Konstituierungsübergewicht geht. Möglicherweise benachteiligende Folge-reglungen, die die durch die primäre konstituierungsbezogene Parteivereinbarung zunächst nicht benachteiligte Partei erst dann treffen, wenn sie selbst hinsichtlich der primär vereinbarten Regelung nicht mitgewirkt oder gar obstruiert hat, begründen kein Konstituierungsübergewicht: Denn sie benachteiligen nicht strukturell. In solchen Fällen wird der Schutz der Partei durch das Recht der Schiedsrichterablehnung ausreichend gewährleistet. Dafür aber

<sup>171</sup> So auch *Karl*, Die Gewährleistung der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Schiedsrichters, S. 92.

<sup>172</sup> *Münch*, in: Münchener Kommentar, ZPO, 2. Aufl., § 1034 Rdnr. 5; zustimmend *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnr. 576 Fußnote 3. Sehr kritisch zur ersten Entwurfsregelung, die noch eine offensichtliche Benachteiligung vorsah *Kornblum*, Bemerkungen zur geplanten Neuregelung des deutschen Rechts der privaten Schiedsgerichtsbarkeit, ZRP 1995, 331, 333 f.

<sup>173</sup> § 1025 Abs. 2 ZPO a.F. hatte folgenden Wortlaut: „Der Schiedsvertrag ist unwirksam, wenn eine Partei ihre wirtschaftliche oder soziale Überlegenheit dazu ausgenutzt hat, den anderen Teil zu seinem Abschluß oder zur Annahme von Bestimmungen zu nötigen, die ihr im Verfahren, insbesondere hinsichtlich der Ernennung oder Ablehnung der Schiedsrichter, ein Übergewicht über den anderen Teil einräumen.“ Dessen zu weit gehende Nichtigkeitsrechtsfolge sollte aufgehoben werden, vgl. schon Regierungsbegründung des Gesetzentwurfes des Schiedsverfahrens-Neuregelungsgesetzes – SchiedsVfG, BT-Drucks. 13/5274, Begründungen zu §§ 1029 Abs. 2, 1034 Abs. 2 ZPO, S. 34 und 39.

<sup>174</sup> *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnr. 577; *Münch*, in: Münchener Kommentar, ZPO, 2. Aufl., § 1034 Rdnr. 7.

<sup>175</sup> So die treffende Formulierung von *Voit*, in: Musielak, ZPO, 5. Aufl., § 1034 Rdnr. 3.

kommt es auf eine konkrete Betrachtung der durchgeführten Konstituierung an.

## II. Fallgruppen

Die Fallgruppenbildung folgt aus einer Differenzierung möglicher Arten des Konstituierungsübergewichts: Am eindeutigsten liegt ein Konstituierungsübergewicht dann vor, wenn eine Seite mehr Schiedsrichter zu bestellen berechtigt ist als andere (quantitatives Konstituierungsübergewicht). Auch wenn die Zusammensetzung des Schiedsgerichts zwar quantitativ ausgewogen erfolgt, kann eine Partei dennoch einseitig beschränkt werden (qualitatives Konstituierungsübergewicht). Hierher gehören mögliche Umgehungskonstellationen. In beiden Fallgruppen liegt ein Konstituierungsübergewicht jedenfalls dann vor, wenn es sich aus den Regeln der konstituierungsbezogenen Parteivereinbarung ergibt, nach der die Zusammensetzung des Schiedsgerichts im ersten Schritt erfolgen soll. Eine dritte – umstrittene – Fallgruppe, die als subsidiäres Übergewicht bezeichnet wird, begründet nach der hier vertretenen Auffassung kein Konstituierungsübergewicht im Sinne § 1034 Abs. 2 ZPO. Im einzelnen:

137

### 1. Quantitatives Konstituierungsübergewicht

Ein quantitatives Konstituierungsübergewicht kann in zwei eindeutigen Konstellationen auftreten, nämlich wenn entweder eine Partei,<sup>176</sup> oder ein Dritter, der objektiv nicht neutral ist, entweder für alle oder aber für die Mehrheit der Schiedsrichter bestellungsbefugt ist. Mehrheit erfordert keine absolute Mehrheit an Bestellungsbezugnis. Es reicht die lediglich relative Mehrheit bezogen auf die Anzahl der Parteien im Schiedsgerichtsverfahren, weil die Zusammensetzung des Schiedsgerichts aus Sicht jeder der beteiligten Partei zu vergleichen ist. In Mehrparteienverfahren kann dies zu besonderen Schwierigkeiten führen.

138

---

<sup>176</sup> Auch wenn die Bestellung des (Einzel-)Schiedsrichters namentlich bereits in Allgemeinen Geschäftsbedingungen einseitig durch die klauselverwendende Partei erfolgt, hat die benachteiligte Partei Rechtsschutz nach § 1034 Abs. 2 ZPO zu suchen; die Schiedsklausel bleibt wirksam, vgl. *BGH*, Urt. v. 01.03.2007 – III ZR 164/06 (LG Dortmund), BGH-Datenbank. Komplikationen unter dem Gesichtspunkt eines quantitativen Konstituierungsübergewichts können sich insbesondere in Mehrparteienverfahren stellen, in denen nach der maßgeblichen Schiedsvereinbarung nicht jede Partei für einen „eigenen“ Schiedsrichter bestellungsbefugt ist, vgl. dazu ausführlich *OLG Frankfurt a.M.*, Beschl. v. 24.11.2005 – 26 Sch 13/05, DIS-Datenbank, unter II 1. der Gründe.

## 2. Qualitatives Konstituierungsübergewicht

- 139 Die Fälle des qualitativen Konstituierungsübergewichts sind subtiler, denn die Bestellungsbe-  
fugnis selbst bleibt unangetastet. Dennoch besteht zugunsten einer Partei ein Konstituie-  
rungsübergewicht. Dies kann einmal durch direkte Einschränkungen des zur Verfügung ste-  
henden Personenkreises geschehen, indem positiv oder negativ Bestellungskriterien für den  
Schiedsrichter definiert werden, die nur eine Partei binden.<sup>177</sup> Beispiele sind: Der von der  
einen Partei zu bestellende Schiedsrichter muß Mitglied einer bestimmten Organisation sein,  
oder aber er darf kein Rechtsanwalt sein, während für die andere Partei diese Beschränkungen  
nicht gelten.
- 140 An die Stelle der direkten Einschränkung der persönlichen Auswahlfreiheit einer Partei kön-  
nen auch einseitig benachteiligende Beschränkungen oder Erschwernisse des Bestellungsver-  
fahrens treten. Beispiele sind: Die Frist zur Vornahme der Bestellung ist für eine Partei kürzer  
bemessen als für die andere, oder die eine Partei hat in jedem Fall den gesamten Vorschuß für  
das schiedsrichterliche Verfahren zu tragen.<sup>178</sup> Im letzten Fall wäre durch die Parteivereinba-  
rung der einen Partei der Zugang zum Schiedsgericht benachteiligend erschwert, da sie bei  
der Konstituierung finanziell schlechter gestellt wird. Das *Kammergericht*<sup>179</sup> sah ein Konstitu-  
ierungsübergewicht sogar darin, daß in der Schiedsvereinbarung zwischen einer Bank und  
ihren Vorstandsmitgliedern, die im Zeitpunkt des Abschlusses der Schiedsvereinbarung mit-  
telbare Mehrheitsaktionäre der Bank waren, alle drei Schiedsrichter bereits namentlich be-  
nannt waren. Bei einer Streitigkeit zwischen den Parteien wäre dies nicht zu beanstanden  
gewesen. Ein Konstituierungsübergewicht soll sich erst dadurch ergeben haben, daß sich der  
an die Schiedsvereinbarung gebundene Insolvenzverwalter über das Vermögen der Bank im  
Streit mit den ehemaligen Vorstandsmitgliedern nunmehr drei Schiedsrichtern gegenüber sah,  
die der Insolvenzschuldnerin und den Vorstandmitgliedern nicht gleichermaßen fern, sonder  
gleichermaßen nah standen. Gegenüber einem Außenstehenden stelle sich die Regelung in der  
Schiedsvereinbarung als Konstituierungsübergewicht dar.

<sup>177</sup> Kein qualitatives Konstituierungsübergewicht sah das *OLG Hamburg*, Beschl. v. 27.03.2006 – 6 Sch 02/06, DIS-Datenbank, darin, daß nach der durch Parteivereinbarung einbezogenen Verfahrensordnung – auch bei Beteiligung einer ausländischen Verfahrenspartei – die Schiedsrichter ihren Wohnsitz und Aufenthaltsort in Deutschland haben müssen, da dieses parteivereinbarte Bestellungskriterium für jede Verfahrenspartei unab-  
hängig von ihrer Nationalität gelte.

<sup>178</sup> Nicht erfaßt ist die Konstellation, daß immer der Kläger den gesamten Vorschuß zu entrichten hat, da die Par-  
teistellung Kläger oder Beklagter nicht durch die konstituierungsbezogene Parteivereinbarung vorbestimmt  
ist.

<sup>179</sup> *KG*, Beschl. v. 11.08.2004 – 23 Sch 11/03, DIS-Datenbank. Erschöpfend und überzeugend kritisch dazu  
*Lachmann*, Anmerkung zu *KG*, Beschl. v. 11.08.2004 – 23 Sch 11/03, *SchiedsVZ* 2005, 101, 101 f.



Unter die Fallgruppe des qualitativen Konstituierungsübergewichts fallen schließlich sämtliche Umgehungskonstellationen. Ein Beispiel ist eine Parteivereinbarung, nach der die Bestellungsbefugnis für ein Dreier-Schiedsgericht entsprechend dem gesetzlichen Regelfall des § 1035 Abs. 3 Satz 2 ZPO verteilt ist. Sieht die Parteivereinbarung zusätzlich vor, daß einseitig eine Partei ein Vetorecht für den Abschluß des Schiedsrichtervertrages mit dem von der anderen Partei bestellten Schiedsrichter hat, liegt ein Konstituierungsübergewicht vor. Denn bei Ausübung des Vetorechts hätte dieser Schiedsrichter keinen vertraglichen Vergütungsanspruch gegen die überlegene Partei. Dies benachteiligt die andere Partei bei der Bestellung des beisitzenden Schiedsrichters, weil sich kein Schiedsrichter bereit finden wird, trotz eines möglichen Vetos tätig zu werden.

141

Es muß sich nach dem Wortlaut aber stets um eine konstituierungsbezogene Beschränkung handeln. Allein eine beispielsweise bedenkliche Abstimmungsregelung – Vereinbarungen darüber sind nach § 1052 Abs. 1 ZPO grundsätzlich zulässig – fällt nicht unter § 1034 Abs. 2 ZPO, obwohl gerade darin ein benachteiligendes Übergewicht liegen kann. Solche nicht konstituierungsbezogenen Fälle können nicht unter § 1034 Abs. 2 ZPO subsumiert werden. Dies zeigt die Rechtsfolge: Das Gericht erlangt Bestellungsbefugnis und kann dabei sogar die Beendigung des Schiedsrichteramts bereits bestellter Schiedsrichter durch Hoheitsakt herbeiführen. Zu einer weiteren Abänderung der Schiedsvereinbarung ist das Gericht jedoch nicht ermächtigt. Selbst wenn auf Tatbestandsseite eine Analogie konstruiert würde, fehlt auf Rechtsfolgenseite eine geeignete Maßnahme. Sie zu konstruieren verstieße gegen § 1026 ZPO.

142

### 3. Subsidiäres Übergewicht

In zwei Konstellationen ist das Bestehen eines Konstituierungsübergewichts umstritten. Gemeinsam ist beiden, daß das Übergewicht in einer subsidiären Regelung liegt, deshalb subsidiäres Übergewicht. Die subsidiäre Regelung greift dann ein, wenn eine Partei an der Konstituierung nach der primären Regelung nicht ordnungsgemäß – insbesondere nicht fristgerecht – mitwirkt. Es bieten sich zwei subsidiäre Regelungen an:

143

1. Die Partei erhält die Bestellungsbefugnis auch für den Schiedsrichter, der primär von der anderen Partei bestellt werden sollte.
2. Der von einer Partei bestellte Schiedsrichter soll als Einzelschiedsrichter entscheiden, obwohl ursprünglich ein Dreierschiedsgericht entscheiden sollte.

Sinn und Zweck solcher Regelungen ist das äußerst wirksame Vorbeugen vor konstituierungsbezogener Obstruktion mit dem Ziel der Verfahrensverzögerung. Zwar läßt sich dieses Ziel in einem gewissen Umfang auch auf andere Weise erreichen, beispielsweise indem neu-

144

tralen Dritten die subsidiäre Bestellungsbefugnis übertragen wird. Damit sind jedoch zumindest das in einer Weigerung des Dritten liegende Restrisiko und die Gefahr dadurch bedingter erheblicher Verzögerungen verbunden. Als weitere Alternative bliebe nur das Ersatzbestellungsverfahren. Auch dieses ist aber zeitaufwendig und zudem kostenintensiv. Außerdem gefährden alle Fälle der Einbeziehung privater Dritter oder des Gerichts in die Konstituierung zu einem frühen Verfahrensstadium die Geheimhaltung der Tatsache, daß zwischen den Parteien ein Schiedsgerichtsverfahren stattfindet. Denn immerhin werden durch ein Ersatzbestellungsverfahren die Tatsachen des Bestehens einer Schiedsvereinbarung und eines konkreten Rechtsstreits zwischen den Parteien öffentlich. Diese Information nicht an die Öffentlichkeit dringen zu lassen, mag bei Einigung auf die Schiedsgerichtsbarkeit ausschlaggebend gewesen sein. Deshalb besteht jedenfalls ein nicht von vornherein unberechtigtes praktisches Interesse für eine der beiden subsidiären Regelungen.

- 145 Nach von der wohl herrschenden Meinung<sup>180</sup> bestrittener Ansicht erfüllen beide Fallgruppen nicht die Voraussetzungen eines Konstituierungsübergewichts.<sup>181</sup> Denn es fehlt das Tatbestandsmerkmal der Benachteiligung im Sinne § 1034 Abs. 2 Satz 1 ZPO. Selbst wenn man dieses weit auslegt, führt der vorzunehmende Vergleich der Zusammensetzung des Schiedsgerichts aus Sicht der jeweiligen Parteien nicht zu einem Konstituierungsübergewicht, denn Gegenstand dieses Vergleichs ist allein abstrakt die konstituierungsbezogene Parteivereinbarung, nicht die etwaig bereits erfolgte konkrete Bildung des Schiedsgerichts. Deshalb sind subsidiäre Regelungen tatbestandlich und jedenfalls vom Schutzzweck der Norm nicht erfaßt. Eine schon unter dem Gesichtspunkt der Verfahrensherrschaft der Parteien problematische erweiternde Auslegung der Norm mit Schutzzweckargumenten ist auch deshalb nicht geboten, weil die subsidiär benachteiligte Partei nicht schutzlos gestellt ist, da sie das Eintreten der

<sup>180</sup> Albers, S., Der parteibestellte Schiedsrichter im schiedsgerichtlichen Verfahren der ZPO und das Gebot parteilicher Rechtspflege, S. 130; Geimer, in: Zöller, ZPO, 26. Aufl., § 1034 Rdnr. 9; Habscheid, Das neue Recht der Schiedsgerichtsbarkeit, JZ 1998, 445, 447 f.; Münch, in: Münchener Kommentar, ZPO, 2. Aufl., § 1034 Rdnr. 6; Reichold, in: Thomas/Putzo, ZPO, 27. Aufl., § 1034 Rdnr. 3; Saenger, in: Saenger, ZPO, 1. Aufl., § 1034, Rdnr. 8; Schlosser, in: Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl., § 1034 Rdnr. 3; Voit, in: Musielak, ZPO, 5. Aufl., § 1035 Rdnr. 4; BGH, Urt. v. 05.11.1970 – VII ZR 31/69 (Hamburg), NJW 1971, 139, 139, mit umfangreichem Nachweis zum seinerzeitigen Meinungsstand unter III. 2. a) der Gründe; OLG Neustadt, Beschl. v. 16.02.1955 – 2 W 18/55, NJW 1955, 635, 636, mit dem fragwürdigen Argument, das Schiedsgerichtsverfahren weise gegenüber der ordentlichen Gerichtsbarkeit ohnehin schon geminderte Rechtsgarantien auf.

<sup>181</sup> Wie hier: Maier, in: Münchener Kommentar, ZPO, 1. Aufl., § 1025 a.F. Rdnr. 18; Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl., Kap. 9 Rdnr. 10, sowie Kap. 10 Rdnr. 21; wohl OLG Naumburg, Beschl. v. 21.05.2004 – 10 Sch 06/03, DIS-Datenbank, das die Problematik in einem Fall der wahrgenommen subsidiären Bestellung eines beisitzenden Schiedsrichters im Aufhebungsverfahren nicht nur nicht beanstandete, sondern auch nicht thematisierte; OLG Köln, Beschl. v. 22.12.1999 – 9 SchH 15/99, DIS-Datenbank, unter II. 2. der Gründe, für ein Zweier-Schiedsgericht, aber mit grundsätzlicher Begründung für die Zulässigkeit, vgl. auch die Wiederholung der Ausführungen in einem Fall, in dem eine Schiedsgerichtsinstitution als neutraler Dritter subsidiär tätig geworden war: OLG Köln, Beschl. v. 16.10.2000 – 9 SchH 23/00, DIS-Datenbank, unter II. 2. b) der Gründe; RG, Urt. v. 23.09.1932 – VII 101/32 (Kammergericht), RGZ 137, 251, 255.

Voraussetzungen in der Hand hält. Nur eine Verneinung des Konstituierungsübergewichts in beiden Fällen sichert darüber hinaus die Einheitlichkeit der Rechtsordnung, da die Rechtsprechung mit der Annahme eines Verstoßes gegen das schiedsgerichtsbezogene Verbot eines Konstituierungsübergewichts in den subsidiären Fällen zu Wertungswidersprüchen geführt hat. Dennoch dürfte es derzeit einen Beratungsfehler darstellen, die genannten subsidiären Regeln zu empfehlen, wenn das Ersetzungsverfahren vor deutschen Gerichten statthaft ist. Denn auch die neuere Rechtsprechung des *Bundesgerichtshofs* tendiert wohl in die Richtung, nicht zwischen Konstituierungsübergewicht und subsidiärem Übergewicht zu unterscheiden.<sup>182</sup> Im einzelnen:

Ausgangspunkt der Überlegung muß der Inhalt des Tatbestandsmerkmals der Benachteiligung sein. Benachteiligung meint die Schlechterstellung einer Partei im Sinne einer strukturellen Gefährdung. Damit fragt sich gegenständlich: Schlechterstellung wodurch, fragt sich persönlich: Schlechterstellung aus wessen Sicht, und fragt sich zeitlich: Schlechterstellung zu welchem Zeitpunkt. Die Frage nach dem zu untersuchenden Gegenstand ist eindeutig zu beantworten: Es geht nach einer Auslegung des Wortlauts des § 1034 Abs. 2 Satz 1 ZPO allein um die Benachteiligung durch die konstituierungsbezogene Parteivereinbarung.<sup>183</sup> Es geht nicht um die Benachteiligung durch die tatsächlich erfolgte Bildung des Schiedsgerichts. Denn sonst hätte es heißen müssen, daß ein Antragsrecht für ein Ersetzungsverfahren dann besteht, wenn die Bildung des Schiedsgerichts eine Partei tatsächlich benachteiligt hat. Ob die ernannten Schiedsrichter dem gesetzlichen oder parteivereinbarten Bestellungsmaßstab entsprechen, ist ebensowenig Prüfungsgegenstand.<sup>184</sup> Die Frage, aus wessen Sicht die etwaige Schlechterstellung zu beurteilen ist, kann ebenfalls eindeutig beantwortet werden: Es kommt auf eine jeweils objektive parteibezogene Sicht auf die Parteivereinbarung im Hinblick auf die Zusammensetzung des Schiedsgerichts an. Genauso eindeutig ist der entscheidende Zeitpunkt, denn es geht bei der Beurteilung der Benachteiligung um eine Gefahr: Entscheidend ist deshalb die Sicht ex ante auf die Konstituierungsregelung. Legt man diese Bewertungen zugrunde, begründen die subsidiären Regelungen keine Benachteiligung einer Partei, da die primären Regelungen nicht benachteiligen: Ex ante ist nicht gewiß, ob die

146

<sup>182</sup> BGH, Beschl. v. 13.01.2005 – III ZR 265/03 (Düsseldorf), BGH-Datenbank. Die Entscheidung betrifft zwar die Verbandsschiedsgerichtsbarkeit, dürfte jedoch verallgemeinerbar sein. Unter II. 4. b) bb) (1) der Gründe hob der BGH die auf einen neutralen Dritten übertragene subsidiär geregelte Bestellungsbezugnis als ausdrücklich zulässig hervor. Zumindest als tendenziellen Hinweis auf die Unzulässigkeit der hier in Rede stehenden und in Rechtsprechung und Literatur seit langem umstrittenen Regelungen wird man dies aber wohl werten müssen, obwohl es im engeren Sinne um die Prüfung des Tatbestandsmerkmals einer unangemessenen Benachteiligung im Sinne des § 307 Abs. 1 BGB ging.

<sup>183</sup> Vgl. RdNr. 133 f.

<sup>184</sup> So hinsichtlich des gesetzlichen Bestellungsmaßstabs auch Kröll, „Schiedsklauseln“ in Satzungen – zur Abgrenzung von Vereinsgericht und Schiedsgericht, ZIP 2005, 13, 18; ebenso Reichold, in: Thomas/Putzo, ZPO, 27. Aufl., § 1034 Rdnr. 3.

überhaupt eingreift. Es geht nach dem Wortlaut § 1034 Abs. 2 Satz 1 ZPO aber darum, ob das Übergewicht „benachteiligt“, nicht darum, ob es möglicherweise bei Hinzutreten weiterer Umstände benachteiligen könnte oder benachteiligen wird. Es ist allerdings zuzugeben, daß Modus und Tempus des tatbestandlichen Verbs „benachteiligt“ als Argumente allein nicht tragen.

- 147 Daß im Sinne des § 1034 Abs. 2 ZPO ein lediglich subsidiäres Übergewicht nicht benachteiligt, folgt aus dem Schutzzweck der Norm. Dies belegt folgendes Beispiel: Vereinbart ist ein gesetzliches Dreierschiedsgericht mit subsidiärer Bestellungsbezugnis jeder Partei für den von der andere Partei zu bestellenden beisitzenden Schiedsrichter nach Ablauf angemessener Frist. Eine Partei bestellt in diesem Fall keinen Schiedsrichter, woraufhin die andere auch den weiteren Schiedsrichter bestellt, und beide Schiedsrichter bestellen den dritten Schiedsrichter. Innerhalb der zweiwöchigen Frist beantragt eine Partei im Ersetzungsverfahren, den von der anderen Partei bestellten Schiedsrichter (und den Vorsitzenden) zu ersetzen. In diesem Fall hat sich das subsidiäre Übergewicht ausgewirkt. Dennoch liegt kein Konstituierungsübergewicht vor, denn im Ersetzungsverfahren ist allein die Parteivereinbarung auf die Gefahr der Benachteiligung hin aus der objektiven Sicht der Parteien ex ante zu beurteilen. Ex ante bestand die Gefahr nicht, die sich im Moment der Entscheidung des Gerichts aus Sicht einer Partei allerdings verwirklicht hat. Dabei ist bereits zu berücksichtigen, daß sich allein aus der Parteivereinbarung nicht entnehmen läßt, zu Lasten welcher Partei das Konstituierungsübergewicht bestehen wird: Denn im Beispielsfall hätte es beide Parteien treffen können. Weil der vom Gericht anzustellende Vergleich der Parteivereinbarungen über die Zusammensetzung des Schiedsgerichts aus Sicht jeder Partei gleich ausfällt, ist keine Partei benachteiligt. Zur Klärung der Frage, ob zu Lasten der antragstellenden Partei im Ersetzungsverfahren ein benachteiligendes Übergewicht vorliegt, muß der subsidiäre Fall also erst eingetreten sein. Die Korrektur eines konkreten Verfahrensverstößes ist jedoch nicht Gegenstand des Ersetzungsverfahrens. Dessen Prüfungsgegenstand sind nicht die tatsächlichen Auswirkungen eines möglichen Verstößes gegen das schiedsgerichtsbezogene Konstituierungshindernis. Prüfungsgegenstand ist lediglich die Beurteilung einer Gefahr. Es ist zwar richtig, daß sich mit der subsidiären Bestellung ex post die Gefahr im Ergebnis tatsächlich verwirklicht hat. Allerdings muß bei Gefährdungstatbeständen der Eintritt des „Schadens“ stets vom Schutzzweck der Norm erfaßt sein. Der Grund für die Verwirklichung der Gefahr in den Fällen der subsidiären Regelungen ist ein anderer als der, der im Ersetzungsverfahren verhindert werden soll: Die Gefahr verwirklichte sich wegen der unterlassenen Mitwirkung oder Obstruktion einer Partei. Es besteht aber kein schiedsgerichtsverfahrensrechtlicher Grundsatz, nach dem Rechtsbehelfe zum Schutz vor eigenen Versäumnissen bereit zu stellen sind. Auch ist nicht von vornherein ausgeschlossen, daß der aufgrund der subsidiären Regelung bestellte Schiedsrichter sein Schiedsrichteramts ordnungsgemäß erfüllt und eine richtige Entscheidung trifft. Treten im

Verläufe des schiedsrichterlichen Verfahrens konkrete Zweifel daran auf, bestehen unabhängig vom Ersetzungsverfahren Korrekturmöglichkeiten: Wenn nämlich der aufgrund der subsidiären Regelung bestellte Schiedsrichter die Bestellungskriterien nicht erfüllt, steht das Ablehnungsverfahren zur Verfügung; wenn schiedsrichterbezogene Konstituierungshindernisse vorliegen, können diese im Beendungsverfahren geltend gemacht werden. Nach dem Schutzzweck der Norm ist daher ein subsidiäres Übergewicht kein Konstituierungsübergewicht.

Das Ergebnis wird durch eine Kontrollüberlegung bestätigt: Angenommen, in dem soeben erörterten Beispielsfall handeln beide Parteien entsprechend der primären Regelung, sie bestellen also einen Schiedsrichter, die ihrerseits den dritten Schiedsrichter bestellen. Innerhalb der zweiwöchigen Frist beantragt wahllos eine der Parteien im Ersetzungsverfahren, den von der anderen Partei bestellten Schiedsrichter zu ersetzen. Nach der Auffassung, ein subsidiäres Übergewicht reiche für das Ersetzungsverfahren aus, müßte der in jedem Fall zulässige Antrag begründet sein, und das Gericht müßte den Schiedsrichter abweichend bestellen. Dies widerspricht der Wertung des Gesetzes, denn tatsächlich ist die Konstituierung entsprechend dem Regelfall des § 1035 Abs. 3 Satz 2 ZPO erfolgt. Um das Ergebnis zu verhindern, müßten die Vertreter, die ein subsidiäres Übergewicht ausreichen lassen, entweder das Antragsrecht der Partei entgegen dem Wortlaut des § 1034 Abs. 2 ZPO beschränken, oder dem Gericht bei der Entscheidung im Ersetzungsverfahren eine konkrete Prüfungskompetenz zusprechen, die es dem Gericht ermöglicht zu prüfen, ob die tatsächliche Bildung des Schiedsgerichts gegen schiedsrichterbezogene Konstituierungshindernisse oder Bestellungskriterien verstößt. Beides ist nach § 1034 Abs. 2 ZPO aber nicht vorgesehen: Das Gericht ist lediglich ermächtigt, das Vorliegen eines Konstituierungsübergewichts zu prüfen. Bei Bejahung hat es den oder die Schiedsrichter abweichend zu bestellen und dabei etwa bereits ernannte Schiedsrichter zu ersetzen. Ein Ersetzungsermessen trotz Vorliegens eines Konstituierungsübergewichts sieht § 1034 Abs. 2 ZPO nicht vor. Ein solches zu gewähren, verstößt gegen die verfahrensrechtliche Verfahrensherrschaft der Parteien und die Sperrwirkung des § 1026 ZPO, nach dem ein Gericht auch hinsichtlich des „Wie“ der Entscheidung nur „soweit“ tätig werden kann, wie das 10. Buch der ZPO dies vorsieht.<sup>185</sup>

148

Gegen die Zulassung der subsidiären Regelungen kann nach geltendem Recht auch nicht mehr mit Erfolg das Argument der Gefährdung der Überparteilichkeit der Rechtsprechung eingewandt werden.<sup>186</sup> Vielmehr wird das zum *ordre public* zählende Gebot der Überpartei-

149

<sup>185</sup> Vgl. RdNr. 21 f.

<sup>186</sup> Das war das seinerzeit tragende Argument, *BGH*, Urt. v. 05.11.1970 – VII ZR 31/69 (Hamburg), NJW 1971, 139, 139 f., unter III. 3. der Gründe.

lichkeit der Rechtsprechung von konstituierungsbezogenen Parteivereinbarungen nicht berührt. Dies folgt dogmatisch zwingend aus der gesetzgeberischen Entscheidung, die im Ersetzungsverfahren geltend zu machenden Gründe eines Konstituierungsübergewichts in § 1034 Abs. 2 Satz 2 ZPO mit Präklusion zu bedrohen. Denn notwendige Voraussetzung der Präklusion ist Verzichtbarkeit des Rechts. Ist das Recht aber verzichtbar, kann es nicht zum ordre public gehören, der gerade der Dispositionsbefugnis der Parteien entzogen ist. Das Gebot der Überparteilichkeit der Rechtsprechung mag im Einzelfall gerade in Fällen eines Konstituierungsübergewichts oder eines subsidiären Übergewichts bei Hinzutreten weiterer Umstände, die in der konkreten Person des Schiedsrichters liegen, verletzt sein. Dies gilt für das Verbot des Schiedsrichters in eigener Sache, dessen Durchsetzung jedenfalls mit dem Beendigungsverfahren und dem Aufhebungsverfahren gestützt auf den ordre public gesichert ist.

- 150 Auch das Gegenargument, für Komplikationen bei der Konstituierung stehe gerade das Ersatzbestellungsverfahren zur Verfügung, überzeugt nicht. Denn das Ersatzbestellungsverfahren steht unter dem Vorbehalt der abweichenden Parteivereinbarung, vgl. § 1035 Abs. 4 ZPO a.E.
- 151 Schließlich löst die Zulassung subsidiärer Regelungen gestützt auf § 1034 Abs. 2 ZPO einen Wertungswiderspruch der bisherigen Rechtsprechung: Denn der *Bundesgerichtshof* mußte hinsichtlich der Zulässigkeit der subsidiären Regelung zwischen inländischen und ausländischen Schiedssprüchen differenzieren. Ein englischer Schiedsspruch, der von dem von einer Partei bestellten Schiedsrichter als Einzelschiedsrichter erlassen worden war, nachdem die andere Partei keinen Schiedsrichter bestellte, wurde in Deutschland mit Verweis auf den ordre public international für vollstreckbar erklärt.<sup>187</sup> An den hinnehmbaren Ausgangspunkt der Überlegung, daß die Kontrolldichte ausländischer Entscheidungen geringer sei, knüpfte die zutreffende Schlußfolgerung, nur solche Verletzungen des Neutralitätsgebots stünden der Vollstreckbarerklärung entgegen, die mit den Grundsätzen richterlicher Amtsführung schlechthin unvereinbar seien. Dies allerdings ist auch Definitionsmerkmal für einen Verstoß gegen den ordre public interne. Die Lösung lag in dem wenig überzeugenden weiteren Argumentationsschritt, daß sich der Verstoß gegen den Grundsatz der Überparteilichkeit der Rechtsprechung unter dem Blickwinkel des ordre public international konkret ausgewirkt haben müsse und zwar über den in der subsidiären Bestellungsregelung liegenden angeblichen Verstoß gegen den ordre public interne hinaus. Warum die Verfahrensherrschaft der Parteien unter dem Gesichtspunkt des ordre public interne die darüber hinausgehende Einschrän-

<sup>187</sup> BGH, Urt. v. 15.05.1986 – III ZR 192/84 (Hamburg), BGHZ 98, 70, 73 ff.; bestätigt von BGH, Urt. v. 01.02.2001 – III ZR 332/99 (Stuttgart), DIS-Datenbank, unter II. 4. a) der Gründe; insoweit auch schon die Vorinstanz OLG Stuttgart, Urt. v. 18.10.1999 – 5 U 89/98, DIS-Datenbank, unter 1. e) der Gründe.

kung erfährt, die subsidiäre Regelung allein begründe bereits den Verstoß, ist nicht erklärt und nicht ersichtlich. Deshalb ist es nicht zuletzt zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen geboten, einem subsidiären Übergewicht die Benachteiligung abzusprechen, so daß kein Konstituierungsübergewicht und somit auch kein schiedsgerichtsbezogenes Konstituierungshindernis vorliegt.

### III. Rechtsfolgen

Unabhängig von der auch hier bestehenden Möglichkeit der Parteien zur Einigung auf die Beendigung des Schiedsrichteramts ist Rechtsfolge eines Verstoßes gegen das schiedsgerichtsbezogene Verbot eines Konstituierungsübergewichts das Recht der benachteiligten Partei, das Ersetzungsverfahren gemäß § 1034 Abs. 2 ZPO einzuleiten.<sup>188</sup> Dieser Rechtsbehelf ist gemäß § 1034 Abs. 2 Satz 2 ZPO präklusionsbedroht, was die Verzichtbarkeit des zugrundeliegenden Rechts zeigt. Da das Konstituierungsübergewicht in der konstituierungsbezogenen Parteivereinbarung enthalten sein muß und die Zusammensetzung des Schiedsgerichts zu einem frühen Verfahrensstadium erfolgt, wird konstituierungsbezogen schnell Klarheit geschaffen.

152

In den Verfahren nach dem Schiedsspruch kann das Konstituierungsübergewicht schon wegen der Präklusionsregelung keinen Verstoß gegen den ordre public darstellen. Ein Konstituierungsübergewicht ist deshalb allein auf den Aufhebungsgrund eines Fehlers der Bildung des Schiedsgerichts gemäß § 1059 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. d) ZPO zu stützen. Die zusätzliche Voraussetzung der Auswirkung auch dieses Konstituierungshindernisses auf den Schiedsspruch ist stets verwirklicht, weil ein Schiedsgericht, das aus anderen Schiedsrichtern gebildet worden ist, möglicherweise zu einer anderen Entscheidung gelangen könnte. Der Aufhebungsantrag – oder der auf den Aufhebungsgrund gestützte Gegenangriff im Vollstreckbarerklärungsverfahren – kann allerdings nur dann erfolgreich sein, wenn das Schiedsgericht trotz eines anhängigen Ersetzungsverfahrens das schiedsrichterliche Verfahren gemäß § 1034 Abs. 2 Satz 3 ZPO i.V.m. § 1032 Abs. 3 ZPO fortsetzt und einen Schiedsspruch erläßt. Ohne rechtzeitige Geltendmachung im Ersetzungsverfahren wird eine Partei auch bei Vorliegen eines Konstituierungsübergewichts im Aufhebungsverfahren präkludiert.<sup>189</sup>

153

<sup>188</sup> Vgl. ausführlich zum Verfahren Rdnrn. 300 ff.

<sup>189</sup> Vgl. z.B. *OLG Frankfurt a.M.*, Beschl. v. 24.11.2005 – 26 Sch 13/05, DIS-Datenbank, unter II. 1. der Gründe.

## C Faktische Hindernisse

154 Es können gerade im Verlaufe des schiedsrichterlichen Verfahrens konstituierungsbezogen faktische Hindernisse auftreten. Dazu können gehören:<sup>190</sup> schwere Erkrankung eines Schiedsrichters, Wegzug in ein fernes Land oder Antritt einer langen Reise, Verurteilung zu einer längeren Freiheitsstrafe, Verschollenheit, Schwierigkeiten der Anreise zum Verhandlungsort, Überlastung, etc. Das faktische Hindernis muß der Schiedsrichter nicht verschuldet haben.<sup>191</sup> Solche faktischen Hindernisse können unter § 1038 Abs. 1 Satz 1 ZPO fallen und liegen vor, wenn ein Schiedsrichter tatsächlich außerstande ist, seine Aufgaben zu erfüllen, oder wenn er aus anderen Gründen seinen Aufgaben in angemessener Frist nicht nachkommt. Tatsächlich außerstande ist ein Schiedsrichter, wenn eine dauerhafte Verhinderung im Sinne der in der amtlichen Überschrift des § 1038 ZPO genannten Unmöglichkeit vorliegt. Besteht das faktische Hindernis lediglich in einer Verzögerung, ist die Alternative zu prüfen, ob der Schiedsrichter seinen Aufgaben in angemessener Frist nicht nachkommt, ob also eine unangemessene Verzögerung im Sinne der in der Überschrift des § 1038 ZPO genannten Untätigkeit vorliegt. Die Grenzziehung ist schwierig, weil beispielsweise die Verurteilung zu einer längeren Freiheitsstrafe einerseits für eine bestimmte Dauer zur Unmöglichkeit der Aufgabenerfüllung führt, andererseits auf lange Sicht betrachtet aber lediglich eine Verzögerung darstellt. Deshalb wurde vorgeschlagen,<sup>192</sup> eine dauerhafte Verhinderung dann anzunehmen, wenn unabsehbar sei, ob der Schiedsrichter sein Amt in einigermaßen zumutbarer, also angemessener Zeit wieder aufnehmen kann; ist lediglich ungewiß, ob der Schiedsrichter dies dann auch tut, so liege nur eine Verzögerung vor. Dies verschiebt allerdings die tatbestandliche Differenzierung in die Angemessenheitsprüfung, die nach dem Wortlaut des § 1038 Abs. 1 Satz 1 ZPO gerade nicht Voraussetzung für die Alternative ist, daß der Schiedsrichter tatsächlich außerstande ist. Das ist im Ergebnis zwar unschädlich, da die Rechtsfolgen für beide Alternativen eines faktischen Hindernisses die gleichen sind. Dennoch ist es für die tatbestandliche Differenzierung konsequenter, die Unmöglichkeit in den Vordergrund zu stellen und anzunehmen, daß ein Schiedsrichter tatsächlich erst dann außerstande ist, wenn die Möglichkeit zur Fortsetzung seiner Tätigkeit als Schiedsrichter mit Sicherheit oder zumindest großer Wahrschein-

<sup>190</sup> Vgl. *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnr. 637; *Münch*, in: Münchener Kommentar, ZPO, 2. Aufl., § 1038 Rdnr. 9.

<sup>191</sup> *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnr. 637; *Münch*, in: Münchener Kommentar, ZPO, 2. Aufl., § 1038 Rdnr. 10.

<sup>192</sup> *Münch*, in: Münchener Kommentar, ZPO, 2. Aufl., § 1038 Rdnr. 9, der aber auch meint, daß Zumutbarkeits- und Angemessenheitsprüfung Kehrseite derselben Medaille seien.



lichkeit ausgeschlossen werden kann. Dies wird selten der Fall sein,<sup>193</sup> so daß in der Mehrzahl der Fälle dann doch die Alternative der Verzögerung und ihrer Angemessenheit zu prüfen ist. Im Ergebnis ändert sich mithin nichts. Schwierig ist die Feststellung, welche Frist für die Aufgabenerfüllung des Schiedsrichters noch angemessen ist. Dies kann nur im Einzelfall entschieden werden. Unangemessenheit wird die Ausnahme bleiben, wobei einzubeziehen sind die persönliche Situation des Schiedsrichters, der verfahrensrechtliche Stand des schiedsrichterlichen Verfahrens sowie dessen Schwierigkeit und Komplexität.<sup>194</sup>

Einigen sich die Parteien nicht, steht auch bei faktischen Hindernissen nach § 1038 Abs. 1 155  
Satz 2 ZPO als Rechtsbehelf das Beendigungsverfahren bereit.

---

<sup>193</sup> *Münch*, in: Münchener Kommentar, ZPO, 2. Aufl., § 1038 Rdnr. 9, nennt als Beispiel, daß es den Parteien auf die Zugehörigkeit des Schiedsrichters zu einer bestimmten Institution ankam, und diese wegfällt.

<sup>194</sup> *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnr. 638; *Münch*, in: Münchener Kommentar, ZPO, 2. Aufl., § 1038 Rdnr. 11; *OLG Köln*, Beschl. v. 11.04.2003 – 9 SchH 27/02, DIS-Datenbank, unter II. der Gründe für den Fall der Erkrankung.

## D Verbotene Verfahrensregelungen

- 156 Als Konstituierungshindernisse können auch verbotene Verfahrensregelungen aufgefaßt werden. Das 10. Buch der ZPO verhindert die verfahrensrechtliche Durchsetzung solcher Regelungen durch unabdingbare gesetzliche Rechtsbehelfe. Die verfahrensrechtliche Verfahrensherrschaft der Parteien ist dadurch mittelbar insoweit beschränkt, als sie diese Rechtsbehelfe nicht durch Parteivereinbarung ausschließen können.
- 157 Der einzige ausdrücklich als durch Parteivereinbarung unabdingbar ausgestaltete Rechtsbehelf im dritten Abschnitt des 10. Buches der ZPO ist das gesetzliche Ablehnungsverfahren nach § 1037 Abs. 3 ZPO, vgl. Abs. 1 der Vorschrift. Ob weitere Verfahrensregelungen unabdingbar sind, ist durch Auslegung zu ermitteln:<sup>195</sup> Die konstruktiven konstituierungsbezogenen Rechtsbehelfe müssen abdingbar sein können, denn es besteht kein rechtsstaatlich zwingendes Bedürfnis für die Durchführung eines schiedsrichterlichen Verfahrens. Scheitert die Bildung des Schiedsgerichts, oder wird das schiedsrichterliche Verfahren wegen Fortfalls eines Schiedsrichters und durch Parteivereinbarung ausgeschlossene Ersatzbestellung praktisch blockiert, besteht eine Rechtsschutzmöglichkeit vor den staatlichen Gerichten. Denn einer Klage vor dem ordentlichen Gericht kann die Einrede der Schiedsvereinbarung dann gemäß § 1032 Abs. 1 ZPO (letzter Halbsatz, letzte Alternative) nicht mehr entgegengehalten werden, wenn sich gezeigt hat, daß die Schiedsvereinbarung und damit das schiedsrichterliche Verfahren undurchführbar geworden ist.<sup>196</sup> Im wesentlichen aus diesem Grund muß auch das Beendigungsverfahren nach § 1038 Abs. 1 ZPO abdingbar sein. Denn sollten die Parteien dieses Verfahren ausgeschlossen haben, ist keine Partei schutzlos:<sup>197</sup> Entfällt die Möglichkeit des Beendigungsverfahrens, wird das schiedsrichterliche Verfahren undurchführbar, wenn tatsächlich ein schiedsrichterbezogenes Konstituierungshindernis (Fallgruppen der rechtlichen Unmöglichkeit) oder ein faktisches Hindernis (tatsächliche Unmöglichkeit der Aufgabenerfüllung usw.) vorliegt. Denn solange das Schiedsrichteramt des Betreffenden nicht be-

<sup>195</sup> Schon die Regierungsbegründung des Gesetzentwurfes des Schiedsverfahrens-Neuregelungsgesetzes – SchiedsVfG, BT-Drucks. 13/5274, Begründung zum wesentlichen Inhalt des neuen 10. Buchs, a.E., S. 28, stellte klar, daß aus dem Fehlen eines Parteivorbehalts nicht auf eine zwingende Norm geschossen werden kann, sondern dafür jeweils auf den Normzweck abgestellt werden muß.

<sup>196</sup> Da die Undurchführbarkeit der Unwirksamkeit der Schiedsvereinbarung gleich steht, bedarf es in diesen Fällen keiner Kündigung der Schiedsvereinbarung mehr, vgl. *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnr. 402.

<sup>197</sup> Dies lassen *Hartmann*, in: Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 65. Aufl., § 1038 Rdnr. 4, und *Münch*, in: Münchener Kommentar, ZPO, 2. Aufl., § 1038 Rdnr. 6, unberücksichtigt, weshalb ihr Argument, staatlicher Rechtsschutz könne durch Parteivereinbarung nicht eingeschränkt werden, nicht greift. Im Ergebnis wie hier: Regierungsbegründung des Gesetzentwurfes des Schiedsverfahrens-Neuregelungsgesetzes – SchiedsVfG, BT-Drucks. 13/5274, Begründung zu § 1038 ZPO, S. 42; *Geimer*, in: Zöller, ZPO, 26. Aufl., § 1038 Rdnr. 4; *Schlosser*, in: Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl., § 1038 Rdnr. 3.

endet wird, ist ein Ersatzbestellungsverfahren unzulässig, da alle Schiedsrichter bestellt sind. Unterstellt, das Hindernis liegt tatsächlich vor und wirkt eine Partei an einer einvernehmlichen Beendigung des Schiedsrichteramts nicht mit, dann wird das Berufen dieser Partei im ordentlichen Zivilprozeß auf die Einrede der Schiedsvereinbarung treuwidrig, weil es jeden Rechtsschutz blockiert. Soweit und solange das (vorrangige) Beendigungsverfahren möglich ist und das Gericht in diesem Verfahren die Beendigung des Schiedsrichteramts nicht ausgesprochen hat, muß das Gericht im ordentlichen Zivilprozeß die Klage auf Einrede nach § 1032 Abs. 1 ZPO hin als unzulässig abweisen. Es darf wegen der Sperrwirkung des § 1026 ZPO nicht selbst die Undurchführbarkeit feststellen. Dies folgt auch daraus, daß sonst ein instanzuell nicht zuständiges Gericht eine Entscheidung treffen müßte, die einem Gericht höherer Instanz vorbehalten ist, weil im ordentlichen Zivilprozeß erstinstanzlich Amts- oder Landgerichte zuständig sind, für das Beendigungsverfahren aber das Oberlandesgericht. Fehlt allerdings aufgrund einer Parteivereinbarung der Rechtsbehelf des Beendigungsverfahrens, ist das Gericht im ordentlichen Zivilprozeß bei der Prüfung der tatsächlichen Voraussetzungen der Undurchführbarkeit der Schiedsvereinbarung nicht beschränkt. Trotz bereits begonnenen schiedsrichterlichen Verfahrens kann das Gericht in diesem Fall dessen Undurchführbarkeit feststellen, womit die Einrede nach § 1032 Abs. 1 ZPO unbeachtlich wird. Da somit eine vollwertige Rechtsschutzmöglichkeit besteht, fehlt ein Bedürfnis, das Beendigungsverfahren als unabdingbare Verfahrensregelung aufzufassen.

Das Ersetzungsverfahren ist demgegenüber der Dispositionsbefugnis der Parteien entzogen, denn § 1034 Abs. 2 ZPO ist Schutznorm. Würde der Rechtsbehelf wegfallen, besteht bei einem Konstituierungsübergewicht gar keine Rechtsschutzmöglichkeit, weil die von § 1034 Abs. 2 ZPO erfaßten schiedsgerichtsbezogenen Konstituierungshindernisse keine Verstöße gegen den *ordre public* sind und das Ablehnungsrecht mit dem Erfordernis eines konkreten Zweifels am Vorliegen eines Bestellungskriteriums einen anderen Zweck verfolgt. Einer Klage vor den ordentlichen Zivilgerichten würde die Einrede der Schiedsvereinbarung und einer Feststellungsklage gerichtet auf die Unzulässigkeit des schiedsrichterlichen Verfahrens die Bildung des Schiedsgerichts gemäß § 1032 Abs. 2 ZPO entgegenstehen.

158

Die Rechtsbehelfe nach dem Schiedsspruch sind als solche ebenfalls unabdingbar. Die Möglichkeit zum Verzicht auf einzelne Aufhebungsgründe ist aber differenziert zu beurteilen:<sup>198</sup> Untereinander noch teils kombinierbare Differenzierungskriterien sind die Kenntnis oder Unkenntnis des konkreten Aufhebungsgrundes (jedenfalls in Kenntnis kann verzichtet werden), ob der Aufhebungsgrund von Amts wegen oder nur auf Rüge zu beachten ist (bei Rüge-

159

<sup>198</sup> Vgl. zusammenfassend *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnr. 1173.

obliegenheit kann verzichtet werden) und ob der von Amts wegen zu beachtende Aufhebungsgrund zum ordre public gehört oder nicht (auf Schutz gegen Verstöße gegen den ordre public kann nicht wirksam verzichtet werden). Im Ergebnis kann auf alle Aufhebungsgründe faktisch verzichtet werden, indem Rechtsbehelfe nach dem Schiedsspruch nicht geltend gemacht werden. Wird dann der Schiedsspruch auch noch freiwillig erfüllt, findet gar keine staatliche Kontrolle statt. Wenn der Staat aber für die Vollstreckung in Anspruch genommen werden soll, also ein Antrag auf Vollstreckbarerklärung des Schiedsspruchs erfolgt, so wird ein rechtlich nicht verzichtbarer Verstoß gegen den ordre public von den von Amts wegen zu berücksichtigenden Aufhebungsgründen des § 1059 Abs. 2 Nr. 2 ZPO gemäß § 1060 Abs. 2 Satz 1 ZPO in jedem Fall beachtet. Bei ausländischen Schiedssprüchen richten sich die für eine Versagung der Vollstreckbarerklärung relevanten Gründe insbesondere nach Art. V UNÜ, deren Verzichtbarkeit ebenfalls nach den genannten Kriterien zu beurteilen ist.

- 160 Konstituierungsbezogene Parteivereinbarungen, die Verzichte auf Rechtsbehelfe enthalten, sind – soweit ersichtlich – in der Praxis selten. Dagegen werden im folgenden zu untersuchende Bestellungskriterien häufiger von den Parteien vereinbart.

## Kapitel 4 Bestellungskriterien

Liegen keine Konstituierungshindernisse vor und schreitet die bestellungsbefugte Person zur Bestellung, muß sie dafür die Bestellungskriterien kennen. Hilfestellung zur Annäherung leistet § 1035 Abs. 5 ZPO, der sich für die Fälle der Ersatzbestellung an das staatliche Gericht richtet. Das Gericht hat bei der Bestellung des Schiedsrichters

- alle nach der Parteivereinbarung für den Schiedsrichter vorgeschriebenen Voraussetzungen zu berücksichtigen, § 1035 Abs. 5 Satz 1 Alt. 1 ZPO;
- allen Gesichtspunkten Rechnung zu tragen, die die Bestellung eines unabhängigen und unparteiischen Schiedsrichters sicherstellen, § 1035 Abs. 5 Satz 1 Alt. 2 ZPO; und
- bei der Bestellung eines Einzelschiedsrichters bzw. eines dritten Schiedsrichters die Zweckmäßigkeit der Bestellung eines Schiedsrichters mit einer anderen Nationalität als derjenigen der Parteien in Erwägung zu ziehen, § 1035 Abs. 5 Satz 2 ZPO.

§ 1035 Abs. 5 Satz 1 ZPO verknüpft die individuell durch die Parteivereinbarung vorgegebenen Bestellungskriterien mit dem allgemeinen gesetzlichen Bestellungskriterium der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit. Auch für das Ersatzbestellungsverfahren hätte die Beachtlichkeit beider Kriterien eigentlich nicht ausdrücklich normiert werden müssen: Daß die Bestellungskriterien der Parteivereinbarung zu berücksichtigen sind,<sup>199</sup> gebieten die Konstituierungsgrundsätze der personellen Verfahrensherrschaft der Parteien und als Ausprägung der verfahrensrechtlichen Verfahrensherrschaft der Parteien die Sperrwirkung des § 1026 ZPO. Denn dessen Formulierung „soweit“ begründet die Pflicht des staatlichen Gerichts, die in den Ermächtigungsnormen selbst enthaltenen Parteivorbehalte zu beachten.<sup>200</sup> Die Ermächtigung für das jeweilige Ersatzbestellungsverfahren liegt in § 1035 Abs. 3 oder Abs. 4 ZPO mit jeweils zugelassenen abweichenden Parteivereinbarungen, die also zu beachten sind. Daß das staatliche Gericht dem Bestellungskriterium der Unparteilichkeit und Unabhängigkeit Rechnung zu tragen hat, folgt aus § 1036 Abs. 2 Satz 1 ZPO: Ein Schiedsrichter, der diese Kriterien nicht erfüllt, kann grundsätzlich abgelehnt werden. Die Bestellung eines ablehnbaren Schiedsrichters wäre in den meisten Fällen allerdings sinnwidrig.<sup>201</sup>

§ 1035 Abs. 5 Satz 2 ZPO erhebt darüber hinaus ausdrücklich Zweckmäßigkeitserwägungen zum Bestellungskriterium: Bei der Bestellung eines Einzelschiedsrichters oder eines Vorsit-

<sup>199</sup> Ein Beispiel für die selten anzutreffende Parteivereinbarung, einen Nichtjuristen, hier einen „gerichtlich vereidigten Sachverständigen“, noch zumal als Einzelschiedsrichter zu bestellen: *OLG Köln*, Beschl. v. 21.03.2002 – 9 SchH 22/02, DIS-Datenbank.

<sup>200</sup> Vgl. Rdnr. 21.

<sup>201</sup> Anderes kann gelten, wenn alle Parteien in Kenntnis des Ablehnungsgrundes an dem Schiedsrichter festhalten.

zenden hat das Gericht auch die Zweckmäßigkeit der Bestellung eines Schiedsrichters mit anderer Staatenangehörigkeit als derjenigen der Parteien in Erwägung zu ziehen. Die ZPO greift damit eine Gepflogenheit der internationalen (insbesondere institutionellen) Schiedsgerichtsbarkeit auf.<sup>202</sup> Die Formulierung „auch“ in § 1035 Abs. 5 Satz 2 ZPO verdeutlicht, daß das genannte Kriterium lediglich eines der in Betracht kommenden ist. Deshalb sind allgemein Zweckmäßigkeitserwägungen ein Bestellungskriterium. Da die Zweckmäßigkeit der Bestellung eines konkreten Schiedsrichters allein parteibezogen zu ermitteln ist, gehören Zweckmäßigkeitserwägungen systematisch zu den parteivereinbarten Bestellungskriterien. Nach dem gesetzlichen (Abschnitt A) und dem parteivereinbarten Bestellungsmaßstab (Abschnitt B) wird schließlich die verfahrensrechtliche Sicherung der Bestellungskriterien untersucht, die zentral die schiedsrichterliche Offenbarungspflicht gewährleistet (Abschnitt C). Im einzelnen:

## A Gesetzlicher Maßstab

- 164 Zentralnorm des gesetzlichen Maßstabs für Bestellungskriterien ist § 1036 Abs. 2 Satz 1 Alt. 1 ZPO. Danach kann ein Schiedsrichter „... nur abgelehnt werden, wenn Umstände vorliegen, die berechtigte Zweifel an seiner Unparteilichkeit oder Unabhängigkeit aufkommen lassen ...“. Das Verständnis der Bestellungskriterien setzt deshalb das Verständnis der Generalklausel voraus. Außerdem ist zu untersuchen, ob für alle Schiedsrichter der gleiche gesetzliche Maßstab gilt. Schließlich ist der Frage der Behandlung von Ausschließungsgründen nachzugehen.

## I. Unparteilichkeit und Unabhängigkeit

### 1. Generalklausel

- 165 Die ZPO und die Verfahrensordnungen der administrierten Schiedsgerichtsbarkeit definieren Bestellungskriterien für Schiedsrichter mittels einer Generalklausel.<sup>203</sup> Die Regelung des

<sup>202</sup> Vgl. *Münch*, in: Münchener Kommentar, ZPO, 2. Aufl., § 1035 Rdnr. 29; eine ähnliche Regelung enthält Art. 9.5 ICC-VerfO.

<sup>203</sup> Vgl. z.B. Art. 12 Abs. 2 UNCITRAL-ModG („impartiality or independence“), dazu *Calavros*, Das UNCITRAL-Modellgesetz über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit, S. 66 ff.; Art. 11.1 ICC-VerfO; Art. 10.3 LCIA-VerfO; § 18.1 DIS-VerfO. Ebenso verfahren die meisten nationalen Schiedsgesetze, vgl. die Übersicht von *de Witt Wijnen/Voser/Rao*, Background Information on the IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, *Business Law International* 2004, 433, 441; *Laschet*, Die Ablehnung von Schiedsrichtern in internationalen Schiedsverfahren, *KTS* 1985, 231, 241 ff. Eine der wenigen Ausnahmen ist das schwedische Schiedsgesetz, das neben einer Generalklausel auch einen Ablehnungskatalog enthält, vgl. *Laschet*, a.a.O., S. 247.

§ 1036 Abs. 2 ZPO lehnt sich an Art. 12 Abs. 2 UNCITRAL-ModG an. Bei der Reformierung des 10. Buchs der ZPO wurde bewußt die Anknüpfung des § 1032 Abs. 1 ZPO a.F. an den Ablehnungskatalog für staatliche Richter aufgegeben.<sup>204</sup> Die Wahl einer Generalklausel bietet den entscheidenden und erklärten Vorteil, einen Verweis auf nationales Prozeßrecht zu vermeiden, der nicht der Internationalität der Schiedsgerichtsbarkeit entspräche.<sup>205</sup> Die Neuheit der Generalklausel wird dadurch relativiert, daß auch bisher bei dem Verweis auf den ZPO-Ablehnungskatalog für staatliche Richter der zentrale Ablehnungsgrund der Besorgnis der Befangenheit, § 1032 Abs. 1 ZPO a.F. i.V.m. § 42 Abs. 2 ZPO, tatbestandlich eine Generalklausel darstellte. Deshalb kann bei dem Umgang mit den Ablehnungsgründen für Schiedsrichter auch strukturell an die bisherige Rechtsprechung angeknüpft werden.

Die Generalklausel der Ablehnungsgründe besteht aus der Paarformel der Unparteilichkeit und Unabhängigkeit, § 1036 Abs. 2 Satz 1 ZPO. Unparteilichkeit heißt, keinen parteilichen Standpunkt einzunehmen, mithin neutral zu sein. Der Begriff zielt auf das Verhältnis des Schiedsrichters zum Verfahrensgegenstand. Unabhängigkeit heißt, nicht von den Parteien abzuhängen, insbesondere nicht im Sinne einer Weisungsgebundenheit, mithin in keinem „näheren“ Verhältnis zu den Parteien zu stehen. Abhängigkeit ist damit in erster Linie Beschreibung eines personalen Verhältnisses. Diese einfache Unterscheidung ist als Ausgangsüberlegung hilfreich, denn sie erfaßt die beiden grundsätzlich denkbaren „Verflechtungen“ eines Schiedsrichters. Sie läßt sich allerdings nicht durchhalten: Der Verfahrensgegenstand wird durch seinen personalen Bezug mitdefiniert, der in der Regel die Parteien selbst betrifft. Damit ist Parteilichkeit auch als Abhängigkeit auffaßbar. Umgekehrt ist Abhängigkeit insofern als Parteilichkeit auffaßbar, als daß erstere sich auf letztere im Verfahren durchzuschlagen droht und nur darin die eigentliche Gefahr für das Verfahren liegt. Außerdem erschließt sich Unparteilichkeit, die in ihrem wörtlichen Kern den eigentlich parteibezogenen Bezug auszudrücken scheint, auch begrifflich erst durch die Zusammenschau mit der Unabhängigkeit. Obwohl damit die Grenze zwischen Unparteilichkeit und Unabhängigkeit verwischt, wird die Paarformel auch international als Ausdruck des allgemeinen Standards verwendet.<sup>206</sup> Das Gegenteil von Unparteilichkeit und Unabhängigkeit wird sprachlich als Befangenheit gefaßt.

166

<sup>204</sup> Regierungsbegründung zu § 1036 Abs. 2 Satz 1 ZPO, BT-Drucks. 13/5274, S. 40.

<sup>205</sup> So auch zur Parallelregelung Art. 12 Abs. 2 UNCITRAL-ModG *Holtzmann/Neuhaus*, UNCITRAL Model Law On International Commercial Arbitration, 1989, S. 388.

<sup>206</sup> Vgl. z.B. *de Witt Wijnen/Voser/Rao*, Background Information on the IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, *Business Law International* 2004, 433, 441; *Thümmel*, in: Schütze, Institutionelle Schiedsgerichtsbarkeit, 2006, Art 7 AAA-VerfO Rdnr. 2. Nur vereinzelt wird auf einer strikten Trennung beharrt, so wohl *Redfern/Hunter*, *International Commercial Arbitration*, S. 170 ff. Instrukтив zu weiteren Begrifflichkeiten *Habscheid*, Das Problem der Unabhängigkeit der Schiedsgerichte, *NJW* 1962, 5, 8.

- 167 Im staatlichen Verfahrensrecht ist die Unabhängigkeit des Richters von Verfassungsrang, Art. 97 Abs. 1 GG. Außerdem garantiert Art. 6 Abs. 1 EMRK die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit eines Gerichts als prozessuales Menschengrundrecht.<sup>207</sup> Beide Normen sind auf den Schiedsrichter jedoch nicht unmittelbar anwendbar: Art. 97 Abs. 1 GG richtet sich unmittelbar nur an die staatliche Rechtspflege; Art. 6 Abs. 1 EMRK richtet sich unmittelbar nur an die Konventionsstaaten. Die für staatliche Richter entwickelten Grundsätze sind jedoch auf den gesetzlichen Maßstab auch für Schiedsrichter übertragbar.<sup>208</sup> Da Schiedsrichter materielle Rechtsprechung ausüben, setzt deren Tätigkeit in gleichem Maße Unparteilichkeit und Unabhängigkeit voraus.
- 168 Positiv bestimmt gehört zum Inhalt der Unparteilichkeit und Unabhängigkeit, daß der Schiedsrichter als neutraler Dritter tätig wird, daß er keinem inhaltlichen Weisungsrecht unterliegt und dem Rechtsstreit unvoreingenommen gegenübersteht.<sup>209</sup> Die Grenzen im Detail werden in der Praxis durch eine negative Abgrenzung gezogen. Es besteht eine ausdifferenzierte Kasuistik dazu, wann ein Schiedsrichter sich einem berechtigten Befangenheitsvorwurf ausgesetzt sieht.

## 2. Fehlen von Befangenheitsgründen

- 169 Der gesetzliche Maßstab der Unparteilichkeit und Unabhängigkeit ist streng zu handhaben, wofür drei allgemeine Wertungen sprechen. Für die Systematisierung bieten mit Blick auf die Internationalität der Schiedsgerichtsbarkeit die von der International Bar Association (IBA) am 22.05.2004 verabschiedeten IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration als Fortentwicklung der IBA Rules of Ethics aus dem Jahr 1986 eine wertvolle Konkretisierung. Im einzelnen:

### a) Allgemeine Wertungen

- 170 Im Umgang mit Befangenheitsgründen im schiedsrichterlichen Verfahren sind drei allgemeine Wertungen zu beachten, die aus dem Wesen der Schiedsgerichtsbarkeit folgen:<sup>210</sup> Erstens ist ein Schiedsrichter Dienstleister der Parteien. Er hat gegenüber den Parteien keinen An-

<sup>207</sup> Sehr ausführlich zum Verhältnis EMRK und Schiedsgerichtsbarkeit *Karl*, Die Gewährleistung der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Schiedsrichters, S. 54 ff.

<sup>208</sup> Vgl. *Karl*, Die Gewährleistung der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Schiedsrichters, S. 40 ff.; *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnrn. 160 ff., jeweils m.w.N.

<sup>209</sup> Zur Unparteilichkeit des staatlichen Richters vgl. *Paulus*, Zivilprozeßrecht, 3. Aufl., Rdnrn. 135 ff.

<sup>210</sup> Vgl. zu diesen Wertungen *Lachmann*, Gedanken zur Schiedsrichterablehnung aufgrund Sozietätszugehörigkeit, in: FS Geimer, S. 513, 516 f.



spruch darauf, das Schiedsrichteramt zu übernehmen und dabei „Unwägbarkeiten“ in seiner Person zu Lasten der Parteien geltend zu machen. Ein schützenswertes Interesse des Schiedsrichters besteht mithin nicht. Dies gilt um so mehr deshalb, weil die Bestellung des Schiedsgerichts nur ein vorbereitender Schritt des eigentlichen schiedsrichterlichen Verfahrens ist. Dieser „Nebenschauplatz“ muß auch im Verfahrensaufwand, der in diesem Zusammenhang betrieben wird, seine untergeordnete Rolle behalten. Verstärkt wird dieser Gedanke, wenn man einer grundlegenden Überlegung der Parteien bei der Entscheidung für ein Schiedsgerichtsverfahren Rechnung trägt: Zu den entscheidenden Vorteilen bei einer Entscheidung durch ein Schiedsgericht im Vergleich zum staatlichen Verfahren zählen die Parteien den mit dem Schiedsgerichtsverfahren verbundenen Zeitvorteil.<sup>211</sup> Dieses Effektivitätskriterium fordert, daß das Interesse des Schiedsrichters an der Übernahme (oder Weiterführung) der Schiedsrichtertätigkeit hinter das Interesse der Parteien an insbesondere einer zügigen Konstituierung des mit unparteilichen und unabhängigen Schiedsrichtern besetzten Schiedsgerichts zurücktritt.

Zweitens kommt es im Hinblick auf den allgemeinen gesetzlichen Maßstab der Bestellungs- 171  
kriterien im Verhältnis zum Schiedsrichter nicht auf Einzelfallgerechtigkeit an. Im Zweifel ist deshalb bei der Beurteilung des Vorliegens der Bestellungskriterien gegen den Schiedsrichter zu entscheiden, falls die Parteien nicht gemeinsam anderer Meinung sind. Es kann nicht entscheidend sein, ob ein bei typisierender Betrachtung ablehnbarer Schiedsrichter im Einzelfall wegen seiner persönlichen Integrität das Schiedsrichteramt ordnungsgemäß ausüben würde. Dies wird oft der Fall sein. Diese Frage im Schiedsgerichtsverfahren klären zu müssen, ist den Parteien aber nicht zuzumuten.

Die dritte Wertung ist von entscheidender Bedeutung und ist unmittelbarer Ausfluß der perso- 172  
nellen und verfahrensrechtlichen Verfahrensherrschaft der Parteien: Es gibt keinen Zwang zur Geltendmachung von Ablehnungsgründen. Liegen die relevanten Informationen offen, obliegt es allein den Parteien zu entscheiden, ob sie damit begründete Zweifel an Unparteilichkeit oder Unabhängigkeit durchschlagen lassen. Wegen dieser Möglichkeit ist auch ein strenger Maßstab der Unparteilichkeit und Unabhängigkeit der Durchführung eines schiedsrichterlichen Verfahrens im Einzelfall nicht hinderlich.

<sup>211</sup> Dieser Aspekt wird von den Parteien eines Schiedsgerichtsverfahrens an erster Stelle für die Wahl dieses Verfahrens genannt, vgl. dazu *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnrn. 119 ff.

**b) IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration**

- 173 Die International Bar Association (IBA) verabschiedete 1986 einen Kodex von Standesregeln für Internationale Schiedsrichter, die IBA Rules of Ethics. Diese sind allgemein als wichtige forensische Konkretisierung der Anforderungen an Schiedsrichter angesehen worden.<sup>212</sup> Die IBA verabschiedete nach mehrjähriger Arbeit am 22.05.2004 die IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration (im folgenden kurz IBA Guidelines) als deren Fortentwicklung.<sup>213</sup> Die Standesregeln sind auf ein Schiedsgerichtsverfahren zwar nicht unmittelbar anwendbar, es sei denn, ihre Einbeziehung ist von den Parteien ausdrücklich vereinbart; wegen ihrer Ausführlichkeit sind sie aber eine wichtige Auslegungshilfe für die gesamte Materie.
- 174 Als allgemeine Unterscheidung der Befangenheitsgründe hat sich eine Differenzierung zwischen konstellationsbedingten und verhaltensbedingten Befangenheitsgründen durchgesetzt. Die Fallgruppe verhaltensbedingter Ablehnungsgründe betrifft im wesentlichen das Verhalten des Schiedsrichters im Verlaufe des schiedsrichterlichen Verfahrens. Verhalten, das berechtigte Zweifel an Unparteilichkeit und Unabhängigkeit zu wecken geeignet ist, stimmt dabei weithin mit solchem Verhalten überein, das im staatlichen Zivilprozeß die Ablehnung rechtfertigt.<sup>214</sup>
- 175 Die Besonderheit des schiedsrichterlichen Verfahrens besteht darin, daß zu Schiedsrichtern Personen bestellt werden können, die in weitaus größerem Umfang und auf vielfältigere Art und Weise in Beziehungen zu den Parteien stehen können, als dies für staatliche Richter gilt. Mit dieser Problematik befaßt sich die Fallgruppe der konstellationsbedingten Ablehnungsgründe. Das erste Differenzierungskriterium betrifft die Beziehungen zwischen den am schiedsrichterlichen Verfahren beteiligten Personengruppen. Auf dieser Ebene sind alle denk-

<sup>212</sup> *Münch*, in: Münchener Kommentar, ZPO, 2. Aufl., § 1036 Rdnr. 2. Auch die Regierungsbegründung des Gesetzentwurfes des Schiedsverfahrens-Neuregelungsgesetzes – SchiedsVfG, BT-Drucks. 13/5274, Begründung zu § 1036 Abs. 2 ZPO, S. 40 f., verwies zur Konkretisierung von Einzelfragen u.a. der Schiedsrichterablehnung auf die Standesregeln. Vgl. zu den IBA Rules of Ethics *Bader*, Arbitrator Disclosure, Journal of International Arbitration, 12 (3), 1995, 39 ff. (insbesondere unter dem Aspekt der Offenbarungspflichten); *Donahey*, The Independence and Neutrality of Arbitrators, Journal of International Arbitration, 9 (4), 1992, 31, 35 ff. Siehe insbesondere auch zu Vorgängerregelungen *Glossner*, Das Standesrecht für den Schiedsrichter, in: FS Quack, S. 709 ff. Darüber hinaus haben Schiedsgerichtsinstitutionen ihre eigenen Standards entwickelt, vgl. z.B. zum Code of Ethics for Vancouver Maritime Arbitrators Association (VMAA) Arbitrators und kanadischer Rechtsprechung *O'Malley Forbes*, Rules of Ethics for Arbitrators and their Application, Journal of International Arbitration, 9 (3), 1992, 5 ff.

<sup>213</sup> Zu finden unter [www.ibanet.org/pdf/InternationalArbitrationGuidelines.pdf](http://www.ibanet.org/pdf/InternationalArbitrationGuidelines.pdf). Vgl. dazu *de Witt Wijnen/Voser/Rao*, Background Information on the IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, Business Law International 2004, 433 ff., *Voser*, Interessenkonflikte in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, SchiedsVZ 2003, 59 ff.

<sup>214</sup> Vgl. zu Einzelfällen dieser Fallgruppe *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnrn. 609 ff.; *Münch*, in: Münchener Kommentar, ZPO, 2. Aufl., § 1036 Rdnr. 19.

baren Beziehungen des Schiedsrichters zu den an einem Schiedsgerichtsverfahren mitwirkenden Personengruppen von Interesse. Dies sind Beziehungen des Schiedsrichters zu den Parteien, Parteivertretern, Zeugen (sowie Parteisachverständigen), vom Schiedsgericht bestellten Sachverständigen sowie Mitschiedsrichtern. Zweites Differenzierungskriterium ist die Art der Beziehung. Hier ist von Relevanz, inwieweit der Schiedsrichter durch eine andere als die konkrete schiedsrichterliche Tätigkeit in Beziehung zu einer Partei steht. Dies kann sein eine anwaltliche oder notarielle Tätigkeit, eine Tätigkeit als Mediator oder Tätigkeit als Schiedsrichter. Außerdem kann die Beziehung eine Geschäftsbeziehung sein oder eine sonstige freundschaftliche bzw. feindschaftliche Verbundenheit. Alle Beziehungen können zudem in einer vermittelten Art und Weise auftreten. Auf beiden Seiten der Beziehungsbeteiligten sind solche Vermittlungen denkbar: Auf der des Schiedsrichters zum Beispiel, wenn nicht der Schiedsrichter selbst, aber eine ihm nahestehende Person zu einer Partei eine Beziehung unterhält, die – hätte der Schiedsrichter selbst diese Beziehung – zu einem Ablehnungsgrund führen kann. Auf der anderen Seite kann ein Schiedsrichter zwar nicht zu einer Partei direkt, aber zu zum Beispiel der Konzernmutter der Partei Beziehungen haben, die – hätte der Schiedsrichter diese Beziehung zu der Partei selbst – zu einem Ablehnungsgrund führen kann. Das dritte entscheidende Differenzierungskriterium ist ein zeitliches: Es wird einen Unterschied machen können, ob eine der genannten Beziehungen gegenwärtig oder abgeschlossen ist. Diese vielschichtigen Probleme „in den Griff zu bekommen“, ist mit Erfolg in komplexen Darstellungen gelungen, ohne daß allerdings im Einzelfall stets eine sichere Vorhersage möglich wäre, wie ein mit einem Ablehnungsgesuch befaßtes Gericht entscheiden wird.<sup>215</sup>

Eine auch für rein nationale Verfahren praktikable Orientierungshilfe dürften die IBA Guidelines sein. Sie regeln in ihrem ersten Teil den allgemeinen Standard abstrakt. Die Grundnorm des Standard 1 stimmt inhaltlich mit der Aussage des § 1036 ZPO überein und lautet:

176

#### “(1) General Principle

<sup>215</sup> Eine Darstellung mit dem Ziel, das gesamte Feld „aufzurollen“, würde den Rahmen sprengen. Deshalb sei im Hinblick auf Einzelfälle auf die umfangreichen Darstellungen zum Thema verwiesen: *Berger*, Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit, S. 176 ff.; *Karl*, Die Gewährleistung der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Schiedsrichters, S. 140 ff.; *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnrn. 591 ff.; *Lachmann*, Gedanken zur Schiedsrichterablehnung aufgrund Sozietätszugehörigkeit, in: FS Geimer, S. 513, 518 ff.; *Lohmann/Hilbig*, No Man Can Serve Two Masters: The Challenge of Practicing Lawyers as Arbitrators in International Commercial Arbitration, IDR 2005, 160 ff.; *Lotz*, Die Unparteilichkeit und Unabhängigkeit des parteiernannten Schiedsrichters, AnwBl. 2002, 202, 204 f.; *Mankowski*, Die Ablehnung von Schiedsrichtern, SchiedsVZ 2004, 304, 308; *Münch*, in: Münchener Kommentar, ZPO, 2. Aufl., § 1036 Rdnrn. 16 ff.; *Schlösser*, in: Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl., § 1036 Rdnrn. 17 ff.; *Voit*, in: Musielak, ZPO, 5. Aufl., § 1036 Rdnr. 8.

Every arbitrator shall be impartial and independent of the parties at the time of accepting an appointment to serve and shall remain so during the entire arbitration proceeding until the final award has been rendered or the proceeding has otherwise finally terminated.”

177 Im zweiten Teil werden drei nicht abschließende Listen systematisiert, die die praktische Anwendung im Sinne einer Fallgruppenbildung erleichtern sollen: Die „Red List“ beinhaltet solche Konstellationen, die berechtigte Zweifel an Unparteilichkeit oder Unabhängigkeit begründen. Die Liste unterteilt sich in einen Teil, dessen Gründe nicht verzichtbar sind, und einen Teil, dessen Gründe zur Disposition der Parteien stehen.

„1. Non-Waivable Red List

- 1.1 There is an identity between a party and the arbitrator, or the arbitrator is a legal representative of an entity that is a party in the arbitration.
- 1.2 The arbitrator is a manager, director or member of the supervisory board, or has a similar controlling influence in one of the parties.
- 1.3 The arbitrator has a significant financial interest in one of the parties or the outcome of the case.
- 1.4 The arbitrator regularly advises the appointing party or an affiliate of the appointing party, and the arbitrator or his or her firm derives a significant financial income therefrom.

2. Waivable Red List

2.1 Relationship of the arbitrator to the dispute

- 2.1.1 The arbitrator has given legal advice or provided an expert opinion on the dispute to a party or an affiliate of one of the parties.
- 2.1.2 The arbitrator has previous involvement in the case.

2.2 Arbitrator's direct or indirect interest in the dispute

- 2.2.1 The arbitrator holds shares, either directly or indirectly, in one of the parties or an affiliate of one of the parties that is privately held.
- 2.2.2 A close family member of the arbitrator has a significant financial interest in the outcome of the dispute.
- 2.2.3 The arbitrator or a close family member of the arbitrator has a close relationship with a third party who may be liable to recourse on the part of the unsuccessful party in the dispute.

- 2.3 Arbitrator's relationship with the parties or counsel
  - 2.3.1 The arbitrator currently represents or advises one of the parties or an affiliate of one of the parties.
  - 2.3.2 The arbitrator currently represents the lawyer or law firm acting as counsel for one of the parties.
  - 2.3.3 The arbitrator is a lawyer in the same law firm as the counsel to one of the parties.
  - 2.3.4 The arbitrator is a manager, director or member of the supervisory board, or has a similar controlling influence, in an affiliate of one of the parties if the affiliate is directly involved in the matters in dispute in the arbitration.
  - 2.3.5 The arbitrator's law firm had a previous but terminated involvement in the case without the arbitrator being involved himself or herself.
  - 2.3.6 The arbitrator's law firm currently has a significant commercial relationship with one of the parties or an affiliate of one of the parties.
  - 2.3.7 The arbitrator regularly advises the appointing party or an affiliate of the appointing party, but neither the arbitrator nor his or her firm derives a significant financial income therefrom.
  - 2.3.8 The arbitrator has a close family relationship with one of the parties or with a manager, director or member of the supervisory board or any person having a similar controlling influence in one of the parties or an affiliate of one of the parties or with a counsel representing a party.
  - 2.3.9 A close family member of the arbitrator has a significant financial interest in one of the parties or an affiliate of one of the parties."

Die „Orange Liste“ beinhaltet Konstellationen, die berechtigte Zweifel an Unparteilichkeit oder Unabhängigkeit wecken können, aber nicht in jedem Fall zu einer berechtigten Ablehnung führen müssen. Jedoch sind diese Aspekte Gegenstand der schiedsrichterlichen Offenbarungspflicht.

178

### „3. Orange List

- 3.1 Previous services for one of the parties or other involvement in the case
  - 3.1.1 The arbitrator has within the past three years served as counsel for one of the parties or an affiliate of one of the parties or has previously advised or been consulted by the party or an affiliate of the party making the appointment in an unrelated matter, but the arbitrator and the party or the affiliate of the party have no ongoing relationship.
  - 3.1.2 The arbitrator has within the past three years served as counsel against one of the parties or an affiliate of one of the parties in an unrelated matter.

- 3.1.3 3.1.3 The arbitrator has within the past three years been appointed as arbitrator on two or more occasions by one of the parties or an affiliate of one of the parties.
- 3.1.4 The arbitrator's law firm has within the past three years acted for one of the parties or an affiliate of one of the parties in an unrelated matter without the involvement of the arbitrator.
- 3.1.5 The arbitrator currently serves, or has served within the past three years, as arbitrator in another arbitration on a related issue involving one of the parties or an affiliate of one of the parties.
- 3.2 Current services for one of the parties
  - 3.2.1 The arbitrator's law firm is currently rendering services to one of the parties or to an affiliate of one of the parties without creating a significant commercial relationship and without the involvement of the arbitrator.
  - 3.2.2 A law firm that shares revenues or fees with the arbitrator's law firm renders services to one of the parties or an affiliate of one of the parties before the arbitral tribunal.
  - 3.2.3 The arbitrator or his or her firm represents a party or an affiliate to the arbitration on a regular basis but is not involved in the current dispute.
- 3.3 Relationship between an arbitrator and another arbitrator or counsel.
  - 3.3.1 The arbitrator and another arbitrator are lawyers in the same law firm.
  - 3.3.2 The arbitrator and another arbitrator or the counsel for one of the parties are members of the same barristers' chambers.
  - 3.3.3 The arbitrator was within the past three years a partner of, or otherwise affiliated with, another arbitrator or any of the counsel in the same arbitration.
  - 3.3.4 A lawyer in the arbitrator's law firm is an arbitrator in another dispute involving the same party or parties or an affiliate of one of the parties.
  - 3.3.5 A close family member of the arbitrator is a partner or employee of the law firm representing one of the parties, but is not assisting with the dispute.
  - 3.3.6 A close personal friendship exists between an arbitrator and a counsel of one party, as demonstrated by the fact that the arbitrator and the counsel regularly spend considerable time together unrelated to professional work commitments or the activities of professional associations or social organizations.
  - 3.3.7 The arbitrator has within the past three years received more than three appointments by the same counsel or the same law firm.
- 3.4 Relationship between arbitrator and party and others involved in the arbitration
  - 3.4.1 The arbitrator's law firm is currently acting adverse to one of the parties or an affiliate of one of the parties.
  - 3.4.2 The arbitrator had been associated within the past three years with a party or an affiliate of one of the parties in a professional capacity, such as a former employee

or partner.

- 3.4.3 A close personal friendship exists between an arbitrator and a manager or director or a member of the supervisory board or any person having a similar controlling influence in one of the parties or an affiliate of one of the parties or a witness or expert, as demonstrated by the fact that the arbitrator and such director, manager, other person, witness or expert regularly spend considerable time together unrelated to professional work commitments or the activities of professional associations or social organizations.
- 3.4.4 If the arbitrator is a former judge, he or she has within the past three years heard a significant case involving one of the parties.
- 3.5 Other circumstances
  - 3.5.1 The arbitrator holds shares, either directly or indirectly, which by reason of number or denomination constitute a material holding in one of the parties or an affiliate of one of the parties that is publicly listed.
  - 3.5.2 The arbitrator has publicly advocated a specific position regarding the case that is being arbitrated, whether in a published paper or speech or otherwise.
  - 3.5.3 The arbitrator holds one position in an arbitration institution with appointing authority over the dispute.
  - 3.5.4 The arbitrator is a manager, director or member of the supervisory board, or has a similar controlling influence, in an affiliate of one of the parties, where the affiliate is not directly involved in the matters in dispute in the arbitration."

Die „Green List“ faßt als Gegenabgrenzung bestimmte Konstellationen zusammen, die nicht geeignet sind, berechnigte Zweifel an Unparteilichkeit oder Unabhängigkeit wecken zu können.

179

#### „4. Green List

- 4.1 Previously expressed legal opinions
  - 4.1.1 The arbitrator has previously published a general opinion (such as in a law review article or public lecture) concerning an issue which also arises in the arbitration (but this opinion is not focused on the case that is being arbitrated).
- 4.2 Previous services against one party
  - 4.2.1 The arbitrator's law firm has acted against one of the parties or an affiliate of one of the parties in an unrelated matter without the involvement of the arbitrator.
- 4.3 Current services for one of the parties
  - 4.3.1 A firm in association or in alliance with the arbitrator's law firm, but which does not share fees or other revenues with the arbitrator's law firm, renders services to one of

the parties or an affiliate of one of the parties in an unrelated matter.

4.4 Contacts with another arbitrator or with counsel for one of the parties

4.4.1 The arbitrator has a relationship with another arbitrator or with the counsel for one of the parties through membership in the same professional association or social organization.

4.4.2 The arbitrator and counsel for one of the parties or another arbitrator have previously served together as arbitrators or as co-counsel.

4.5 Contacts between the arbitrator and one of the parties

4.5.1 The arbitrator has had an initial contact with the appointing party or an affiliate of the appointing party (or the respective counsels) prior to appointment, if this contact is limited to the arbitrator's availability and qualifications to serve or to the names of possible candidates for a chairperson and did not address the merits or procedural aspects of the dispute.

4.5.2 The arbitrator holds an insignificant amount of shares in one of the parties or an affiliate of one of the parties, which is publicly listed.

4.5.3 The arbitrator and a manager, director or member of the supervisory board, or any person having a similar controlling influence, in one of the parties or an affiliate of one of the parties, have worked together as joint experts or in another professional capacity, including as arbitrators in the same case."

180 Diese Listen stellen eine hervorragende Ausgangsbasis für die Entscheidung über Unparteilichkeit oder Unbefangenheit im Einzelfall dar.

## II. Gleicher gesetzlicher Maßstab für alle Schiedsrichter

181 Es wurde versucht, die Neutralitätsanforderungen im typischen Dreier-Schiedsgericht danach zu unterscheiden, ob es sich um den Vorsitzenden oder um die beisitzenden Schiedsrichter handelt: Der Vorsitzende soll strengeren Anforderungen als die in diesem Zusammenhang oft „Parteischiedsrichter“ genannten unterliegen. Im wesentlichen wird dabei mit einem „Balance-Effekt“ argumentiert. Die in der Literatur vertretenen Meinungen lassen sich unterteilen: Am weitesten geht die Forderung, die von den Parteien bestellten Schiedsrichter müßten für ihre jeweilige Partei gerade parteilich sein, um ein effektives Schiedsgerichtsverfahren zu gewährleisten.<sup>216</sup> Wesentlich abgeschwächt geht eine verbreitete Auffassung dahin, gewisse

---

<sup>216</sup> So insbesondere *Bucher*, Zur Unabhängigkeit des parteibenannten Schiedsrichters, FS Kummer, S. 599, 599 ff.; *Schlösser*, Die Unparteilichkeit des Schiedsrichteramtes, ZZP 93 (1980), 121, 121 ff. Näher Rdnrn. 183 ff.



Parteilichkeiten der beisitzenden Schiedsrichter jedenfalls faktisch anzuerkennen und dies in einem abgemilderten Neutralitätsmaßstab zu berücksichtigen.<sup>217</sup> In der Literatur sind diese hier abgelehnten Auffassungen verbreitet. Sie haben sich jedoch weder in der Schiedsgerichtspraxis, noch in den institutionellen Verfahrensordnungen durchgesetzt. Im einzelnen:

## 1. Uneingeschränkte Neutralität des Vorsitzenden

Einigkeit besteht hinsichtlich des Vorsitzenden: Dieser ist uneingeschränkt zur Neutralität verpflichtet. Das gilt gleichermaßen für den Einzelschiedsrichter. Wer dafür eine Begründung suchen muß, verläßt bereits das Terrain der für alle Schiedsrichter gleichen Neutralitätsanforderungen. Es heißt, die Neutralität folge aus der Gesetzessystematik des § 1034 Abs. 1 Satz 2 ZPO i.V.m. § 1035 Abs. 3 ZPO. Denn die Bestellungsbefugnis hinsichtlich des Vorsitzenden im subsidiären gesetzlichen Regelfall des § 1035 Abs. 3 Satz 2 ZPO berge einen „Filtereffekt“ dadurch, daß die Bestellung des „Züngleins an der Waage“ von den Parteien weggenommen und bei Komplikationen im Bestellungsverfahren dem staatlichen Gericht übertragen ist.<sup>218</sup> Dies überzeugt den nicht ohnehin Zustimmenden wenig, da die Regelungen der Bestellungsbefugnis der Parteidisposition unterliegen.

182

## 2. Parteilichkeit beisitzender Schiedsrichter als Vorteil?

Vor allem hat *Schlosser*<sup>219</sup> für die Parteilichkeit des Parteischiedsrichters argumentiert. Ausgangspunkt ist die Feststellung:

183

„Der Glaube an die notwendige Neutralität parteiernannter Schiedsrichter ist eine Illusion, ...“<sup>220</sup>

Für die Feststellung werden folgende „empirische Indizien“<sup>221</sup> genannt: Das Gerangel um die Wahl des Obmanns, das Bestreben, in der Verfahrenshandhabung die Interessen der jeweils dahinter stehenden Partei zu wahren,<sup>222</sup> die häufigen Minderheitsvoten<sup>223</sup> und Unterschrifts-

<sup>217</sup> *Raeschke-Kessler/Berger*, Recht und Praxis des Schiedsverfahrens, 3. Aufl., Rdnr. 477; *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl., Kap. 14, Rdnr. 7; wohl auch *Voit*, in: Musielak, ZPO, 5. Aufl., § 1036 Rdnr. 7. Näher Rdnrn. 191 ff.

<sup>218</sup> *Münch*, in: Münchener Kommentar, ZPO, 2. Aufl., § 1035 Rdnr. 23.

<sup>219</sup> *Schlosser*, Die Unparteilichkeit des Schiedsrichteramtes, ZZZ 93 (1980), 121 ff.; *Schlosser*, in: Stein/Jonas, ZPO, 21. Aufl., § 1032 a.F. Rdnr. 20, sowie *Schlosser*, in: Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl., § 1036 Rdnr. 16.

<sup>220</sup> *Schlosser*, Die Unparteilichkeit des Schiedsrichteramtes, ZZZ 93 (1980), 121, 139. Bemerkenswert ist, daß als Illusion nicht der Glaube an die Neutralität des parteiernenannten Schiedsrichters bezeichnet wird, sondern der Glaube an die Notwendigkeit dieser Neutralität.

<sup>221</sup> *Schlosser*, Die Unparteilichkeit des Schiedsrichteramtes, ZZZ 93 (1980), 121, 139.

<sup>222</sup> So auch *Franzen*, „Parteischiedsrichter“ – ein vermeidbarer Mangel der Praxis, NJW 1986, 299, 299 f.

<sup>223</sup> Eine andere Wahrnehmung der Wirklichkeit berichtet *Geimer*, in: Zöller, ZPO, 26. Aufl., § 1036 Rdnr. 3: Schiedssprüche ergehen öfter als vermutet einstimmig.

verweigerungen des überstimmten Schiedsrichters.<sup>224</sup> Aus diesen Indizien folgt die Schlußfolgerung:

„Nur die Neutralität des Schiedsgerichts insgesamt, nicht aber auch eines jeden Einzelschiedsrichters ist für uns unverzichtbar.“<sup>225</sup>

184 *Bucher*<sup>226</sup> hat im Anschluß daran eine Argumentation für die wegen der damit verbundenen Vorteile gebotene Parteilichkeit der Parteischiedsrichter vorgelegt. Genannt werden vier Argumente, deren Ausgangspunkt die Frage nach dem richtigen Rollenverständnis des Parteischiedsrichters ist. Dieses müsse sich danach ausrichten, wie es dem Schiedsgericht am besten ermöglicht wird, die richtige Entscheidung zu treffen und damit zur Verwirklichung von Recht und Gerechtigkeit zu gelangen.<sup>227</sup> Erstens sei die „Waage der Gerechtigkeit im Gleichgewicht“ am besten dadurch zu halten, daß allein der Obmann neutral ist, die beiden Parteischiedsrichter hingegen sich durch ihre entgegengesetzte Parteilichkeit neutralisieren.<sup>228</sup> Diese Balance sei angelegt in der kontradiktorischen Methode jeder juristischen Falllösung. Nur so sei zudem eine sinnvolle Aufgabenverteilung innerhalb des Schiedsgerichts zu erreichen, indem jedem Antrag ein Gegenantrag gegenübersteht, der mit gleicher Vehemenz verfolgt wird. Zweitens komme unter dem Blickwinkel der Vollständigkeit juristischer Analyse hinzu, daß auch von den Parteivertretern nicht vorgetragene rechtliche Argumente bei der Urteilsfindung zu berücksichtigen sind. Diese entdeckten am ehesten (parteiliche) Parteischiedsrichter.<sup>229</sup> Drittens sei ein entscheidungsökonomisches Moment zu beachten: In dem Fall, daß ein vorerst unschlüssiger Obmann die beiden Mitschiedsrichter übereinstimmen sieht, würde der Obmann kaum weiter in diesem Punkte nachforschen, wenn schon der unterlegene Parteischiedsrichter für seine Partei keine Chance sieht. Der Obmann sei also tendenziell in Einzelfragen entlastet, was bei einem komplexen Sachverhalt geboten sei.<sup>230</sup> Viertens schließlich sei dem Aspekt der rechtlichen Vollständigkeit derjenige der Vollständigkeit der Sachverhaltsermittlung zur Seite zu stellen. Die Bewältigung insbesondere umfangreicher eingereicherter Ak-

<sup>224</sup> Soweit ersichtlich war seit der Reform des schiedsrichterlichen Verfahrens in der ZPO lediglich ein solcher Fall, *Saarländisches OLG*, Beschl. v. 29.10.2002 – 4 Sch 02/02, DIS-Datenbank, Gegenstand einer staatlichen Gerichtsentscheidung, obwohl die DIS-Datenbank für die Jahre 2001 bis 2004 jeweils zwischen 70 und 96 Entscheidungen pro Jahr veröffentlichte.

<sup>225</sup> *Schlosser*, Die Unparteilichkeit des Schiedsrichteramtes, ZJP 93 (1980), 121, 140; ebenso *Schlosser*, in: Stein/Jonas, ZPO, 21. Aufl., § 1032 a.F. Rdnr. 20, sowie *Schlosser*, in: Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl., § 1036 Rdnr. 16.

<sup>226</sup> *Bucher*, Zur Unabhängigkeit des parteibenannten Schiedsrichters, FS Kummer, S. 599 ff. *Bucher* bezieht sich z.T. auf ein Referat *Schlossers*, das dieser auf der Mitgliederversammlung der deutschen „Wissenschaftlichen Vereinigung für Internationales Verfahrensrecht, Verfahrensrechtsvergleichung und Schiedsgerichtswesen“ im Oktober 1979 hielt und das veröffentlicht wurde: *Schlosser*, Die Unparteilichkeit des Schiedsrichteramtes, ZJP 93 (1980), 121 ff.

<sup>227</sup> *Bucher*, Zur Unabhängigkeit des parteibenannten Schiedsrichters, FS Kummer, S. 599, 605.

<sup>228</sup> *Bucher*, a.a.O., S. 599, 606 f.

<sup>229</sup> *Bucher*, a.a.O., S. 599, 607.

<sup>230</sup> *Bucher*, a.a.O., S. 599, 607.

ten gewährleiste nur eine gewisse Einseitigkeit der Durcharbeitung durch die Parteischiedsrichter. Es sei „eine Illusion zu glauben, die Richter könnten in jedem Stadium des Verfahrens sämtliche Aktenstücke mit gleicher Intensität gegenwärtig haben.“<sup>231</sup> Dieser Argumentation liegt die Einschränkung zugrunde, daß sich die gebotene Parteilichkeit nur auf die Rechtsfindung im materiellen Sinn bezieht; verfahrensrechtlich – insbesondere bei der Gewährung rechtlichen Gehörs – sei auch von Parteischiedsrichtern völlige Unparteilichkeit zu fordern.<sup>232</sup> Außerdem soll ab dem Zeitpunkt der Bestellung des gesamten Schiedsgerichts hinsichtlich des Prozeßgegenstandes jeglicher Verkehr zwischen den Parteien und ihren Parteischiedsrichtern unterbleiben.<sup>233</sup>

Beide Argumentationen sind zunächst mit der Frage zu konfrontieren, welchen Sinn es für die Parteien überhaupt macht, sich für ein Dreier-Schiedsgericht (oder allgemein gesprochen: ein Kollegialschiedsgericht) zu entscheiden. Berührt ist damit die Frage, worin die staatliche Zivilgerichtsbarkeit die Notwendigkeit von Kollegialgerichten sieht. Geht man von gebotener Parteilichkeit der von den Parteien benannten Schiedsrichter aus, führt ein Dreier-Schiedsgericht allein zu einer Verdopplung der mitwirkenden Anwälte der Parteien.<sup>234</sup> Durch das Konzept des Anwalts im Schiedsgericht wird die Entscheidung sowohl auf der Ebene der Entscheidungsfindung als auch der Ebene der organisatorischen Entscheidungslast allein auf den Vorsitzenden delegiert – ein Einzelschiedsrichter wäre dann kostengünstiger gewesen.<sup>235</sup> Womit sich der kostenträchtige Schritt eines nicht in jeder Person neutral besetzten Dreier-Schiedsgerichts rechtfertigt, ist nicht ersichtlich:

Die kontradiktorische Methode der juristischen Falllösung rechtfertigt dies nicht. Sie ist der juristischen Falllösung immanent und wird von allen Beteiligten bei der Auseinandersetzung mit dem Fall aufgenommen. Dies gilt gleichermaßen für die Anwälte der Parteien, wie für die Schiedsrichter, von denen in der Praxis im Regelfall nicht nur der Vorsitzende Jurist ist. Die Methode ist gerade keine, die eine äußerliche Rollenverteilung erfordert, sondern aus sich selbst heraus wirkt. Die Vorteile einer Rollenverteilung bei der Herausarbeitung des richtigen Ergebnisses werden durch einen anderen Mechanismus gesichert: den allgemeinen Verfahrensgrundsatz, daß sich die Parteien in jedem Schiedsgerichtsverfahren von Rechtsanwälten als Verfahrensbevollmächtigten vertreten lassen können, § 1042 Abs. 2 ZPO.

<sup>231</sup> *Bucher*, a.a.O., S. 599, 607 f.

<sup>232</sup> *Bucher*, a.a.O., S. 599, 609 Fußnote 18.

<sup>233</sup> *Bucher*, a.a.O., S. 599, 611.

<sup>234</sup> *Franzen*, „Parteischiedsrichter“ – ein vermeidbarer Mangel der Praxis, NJW 1986, 299, 300.

<sup>235</sup> *Albers*, S., Der parteibestellte Schiedsrichter im schiedsgerichtlichen Verfahren der ZPO und das Gebot überparteilicher Rechtspflege, S. 69; *Franzen*, „Parteischiedsrichter“ – ein vermeidbarer Mangel der Praxis, NJW 1986, 299, 300; *Glossner*, Das Standesrecht für den Schiedsrichter, in: FS Quack, S. 709, 713; *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnr. 585.

- 187 Ebensov wenig rechtfertigen die beiden an Vollständigkeit anknüpfenden Argumente die gebotene Parteilichkeit. Geht man davon aus, daß jeder Schiedsrichter bemüht sein wird, das richtige Ergebnis zu finden, so hängt der Erfolg von seinen juristischen Erfahrungen und Fähigkeiten ab. Parteilichkeit hat keine Auswirkung auf rechtliche Richtigkeit.<sup>236</sup> Diese Auffassung verhindert keine sinnvolle Aufgabenverteilung innerhalb des Schiedsgerichts, die sich vor allem für die mündliche Verhandlung anbieten kann. Nicht alle Verfahrensabschnitte müssen vom Vorsitzenden geleitet werden, was in der Praxis allerdings meist geschieht. Eine solche Aufgabenverteilung kann aber nicht an Parteilichkeit anknüpfen und wird sogar durch diese konterkariert, denn dann sind die Mitschiedsrichter in dem betreffenden Punkt gerade nicht entlastet. Außerdem übersieht die Betonung des Umstandes, der von der Partei benannte Schiedsrichter habe in besonderem Maß auf die Berücksichtigung des Vorbringens „seiner“ Partei zu achten, daß dieser Schiedsrichter in gleichem Maße der anderen Partei verpflichtet ist, denn der die Pflichten des Schiedsrichters begründende Schiedsrichtervertrag besteht mit beiden Parteien.<sup>237</sup>
- 188 Damit ist bereits dem entscheidungsökonomischen Argument widersprochen. Kein Schiedsrichter wird durch das Übereinstimmen der Mitschiedsrichter in einer Frage davon entlastet, selbst eine Entscheidung zu treffen. Die Konsequenz aus der Konzeption *Buchers* hieße: Ob etwas unstreitig ist, steht zur Disposition des Schiedsgerichts. Diese Entscheidung obliegt aber allein den Parteien und ist durch jeden Schiedsrichter zu überprüfen. Dazu ist ein sorgfältiges und vollständiges Studium des Parteivortrags unerlässlich. Deshalb ist auch in umfangreichen Verfahren die vollumfängliche Aktenkenntnis aller Schiedsrichter nötig. Dieser Aspekt ist keine Frage der Neutralität des Schiedsrichters, sondern berührt vielmehr den allgemeinen Verfahrensgrundsatz des rechtlichen Gehörs, § 1042 Abs. 1 Satz 2 ZPO. Im staatlichen Zivilprozeß werden nicht an alle Mitglieder eines Kollegialgerichts die gleichen Anforderungen hinsichtlich der Kenntnis der Prozeßakten gestellt. Mit der unbestritten Einschränkung, daß ein zur Entscheidung befähigender Kenntnisstand der Akten nötig ist, wird dies zum einen mit dem prozeßökonomischen Argument der Arbeitsteilung gerechtfertigt, zum anderen mit dem Hinweis auf den juristischen Laien als Richter in der staatlichen Zivilgerichtsbarkeit, der juristisch gar nicht zur vollumfänglichen Aktenkenntnis in der Lage sei. Beide Argumente gelten in der Schiedsgerichtsbarkeit nicht: Dasjenige des juristischen Laien läuft praktisch leer; das prozeßökonomische greift deshalb nicht, weil die Schiedsrich-

<sup>236</sup> *Albers, S.*, Der parteibestellte Schiedsrichter im schiedsgerichtlichen Verfahren der ZPO und das Gebot überparteilicher Rechtspflege, S. 66: Es geht um Fachkompetenz und Sachverstand, die nicht aus Parteilichkeit erwachsen.

<sup>237</sup> So auch *Münch*, in: Münchener Kommentar, ZPO, 2. Aufl., § 1036 Rdnr. 15.

ter gerade im Hinblick auf ihren Sachverstand und ihre Erfahrung für ein konkretes Verfahren ausgewählt wurden, so *Lachmann*, der treffend formuliert: „Die Parteien erwarten von jedem Schiedsrichter vollen Einsatz, also auch volle Aktenkenntnis.“<sup>238</sup>

Zu widersprechen ist schließlich der Denkfigur des neutralen Schiedsgerichts ohne neutrale Schiedsrichter. Neutralität verschiebt sich mit dieser Figur von einer persönlichen zu einer allein institutionellen Forderung.<sup>239</sup> Jeder einzelne Schiedsrichter muß aber neutral sein. Dies zeigt schon § 1036 ZPO, der in beiden Absätzen schiedsrichterbezogen formuliert. Wenn man auf das Schiedsgericht als Ganzes abstellen will, so muß dieses insbesondere unabhängig sein, also frei von Weisungen etwa durch eine Schiedsgerichtsinstitution, denn sonst kann es nicht als Dritter angesehen werden: Ist ein Vierter in der Lage, den Dritten zu steuern, fehlt es an der Unmittelbarkeit der Entscheidungsfindung und der Entscheidung selbst. Beides ist aber Voraussetzung materieller Rechtsprechung. Es ist schon zweifelhaft, ob dem Schiedsgericht überhaupt eine eigene Rechtspersönlichkeit unterstellt werden kann, an die die Forderung der Neutralität gestellt werden könnte. Denn nicht das Schiedsgericht nimmt mit eigenen Rechten und Pflichten am Rechtsverkehr teil, sondern das Schiedsgericht bleibt der Zusammenschluß der einzelnen Schiedsrichter, die allein je für sich Träger von Rechten und Pflichten sind. Richtet man deshalb abgeschwächt die Forderung nach Neutralität nur an die Einheit eines Kollegiums bestehend aus den einzelnen Schiedsrichtern, rechtfertigt sich eine Institutionalisierung nur, wenn der Institution als solcher eine besondere Bedeutung für das Schiedsverfahren bzw. den Schiedsspruch zukommt.<sup>240</sup> Beides ist aber gerade nicht der Fall: Ein Schiedsrichter kann von den Parteien jederzeit einvernehmlich abberufen werden; ein eigenes Interesse des Schiedsgerichts fortzubestehen gibt es nicht. Vertragsbeziehungen bestehen nur zwischen den Parteien und den einzelnen Schiedsrichtern, nicht mit dem Schiedsgericht insgesamt.<sup>241</sup> Das Schiedsgericht kann Entscheidungen auch ohne Mitwirkung einzelner Schiedsrichter treffen und sogar einen Schiedsspruch erlassen, vgl. § 1052 Abs. 2 ZPO, so daß nicht einmal in diesem ergebnisorientiert betrachtet wichtigsten Punkt des Verfahrens das Schiedsgericht zwingend als Einheit auftritt. Dann gibt es keinen Grund dafür, in der zentralen Frage der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit das Schiedsgericht als Institution aufzufassen.

189

Die Frage nach der Institutionalisierung der Neutralität spielte auch bei den Beratungen zum

190

<sup>238</sup> *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnr. 713.

<sup>239</sup> Vgl. zur Unabhängigkeit und zum Begriff institutioneller Unabhängigkeit in der staatlichen Gerichtsbarkeit *Kramer*, Das neue Steuerungsmodell und die Unabhängigkeit der Richter, ZZP 114 (2001), 267, 279.

<sup>240</sup> Vgl. kritisch dazu *Pelzer*, Die Dissenting Opinion in der Schiedsgerichtsbarkeit, S. 36 f., m.w.N.

<sup>241</sup> Dies wirkt sich auch steuerrechtlich aus, vgl. *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnrn. 1977 ff.

UNCITRAL-ModG eine Rolle: Als ausdrücklich mißverständlich wurde der Formulierungsvorschlag zurückgezogen, daß die Zusammensetzung des Schiedsgerichts eine unparteiische Entscheidung garantieren müsse. Diese Aussage träte in Konflikt mit den Regelungen der Artt. 12 und 13 UNCITRAL-ModG, wonach jeder Schiedsrichter selbst unparteiisch und unabhängig sein muß.<sup>242</sup> Da das geltende Recht auf dem UNCITRAL-ModG und dessen Prinzipien beruht, besteht jedenfalls heute kein Zweifel mehr, daß Unparteilichkeit und Unabhängigkeit Voraussetzungen sind, die in der Person jedes Schiedsrichters vorliegen müssen. Soweit im anglo-amerikanischen Rechtskreis anders verfahren wird,<sup>243</sup> hat sich dies bei Umsetzung des Modellgesetzes nicht durchgesetzt.

### 3. Abgemilderter Beurteilungsmaßstab für beisitzende Schiedsrichter?

- 191 Die Vertreter eines abgemilderten Beurteilungsmaßstabs für beisitzende Schiedsrichter gehen davon aus, daß eine gewisse Nähe zwischen der jeweiligen Partei und dem von ihr bestellten Schiedsrichter in dem Bestellungsverfahren faktisch angelegt und hinzunehmen sei.<sup>244</sup> Daraus resultiere ein abgemilderter Beurteilungsmaßstab für das diesbezügliche Neutralitätsgebot. Eine andere Betrachtung verkenne die Realität. Zur Rechtfertigung wird in erster Linie wiederum auf den „Balance-Effekt“ abgestellt.<sup>245</sup> Außerdem soll die Nähe zu der benennenden Partei Kehrseite des prägenden Wesenszuges der Schiedsgerichtsbarkeit sein, daß nämlich das Schiedsgericht im Hinblick auf einen konkreten Rechtsstreit hin gebildet wird und deshalb die Parteien in die bestellten Schiedsrichter in der Regel ein besonderes Vertrauen haben.<sup>246</sup> Dieses Vertrauen ist gerechtfertigt, rechtfertigt aber genauso die Forderung eines gleichen Neutralitätsmaßstabs für alle Schiedsrichter. Denn man kann und wird gerade solchen Personen vertrauen, die nicht parteiisch sind.<sup>247</sup> Dagegen spricht auch nicht das Argument, bei gleichem Maßstab für die Neutralität könnte jeder von der Partei benannte Schiedsrichter abgelehnt werden, da schon allein in dem Umstand der Benennung ein Befangenheit

<sup>242</sup> Deshalb wurde der Vorschlag durch den deutschen Vertreter zurückgenommen, vgl. Summary Record A/CN.9/SR.312 (6. June 1985) Nr. 52 in: *Holtzmann/Neuhaus*, UNCITRAL Model Law On International Commercial Arbitration, 1989, S. 400.

<sup>243</sup> *Albers*, S., Der parteibestellte Schiedsrichter im schiedsgerichtlichen Verfahren der ZPO und das Gebot überparteilicher Rechtspflege, S. 63 f; *Bucher*, Zur Unabhängigkeit des parteibenannten Schiedsrichters, FS Kummer, S. 599, 601.

<sup>244</sup> *Raeschke-Kessler/Berger*, Recht und Praxis des Schiedsverfahrens, 3. Aufl., Rdnr. 477; *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl., Kap. 14, Rdnr. 7; wohl auch *Voit*, in: Musielak, ZPO, 5. Aufl., § 1036 Rdnr. 7, der einerseits zwar die Sonderbeziehung anerkennt, andererseits die richterliche Tätigkeit betont.

<sup>245</sup> *Raeschke-Kessler/Berger*, Recht und Praxis des Schiedsverfahrens, 3. Aufl., Rdnr. 477; *Voit*, in: Musielak, ZPO, 5. Aufl., § 1036 Rdnr. 7. So auch *Maier*, in: Münchener Kommentar, ZPO, 1. Aufl., § 1025 a.F. Rdnr. 10; dazu bereits Rdnrn. 184 ff.

<sup>246</sup> *Raeschke-Kessler/Berger*, Recht und Praxis des Schiedsverfahrens, 3. Aufl., Rdnr. 414.

<sup>247</sup> *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnr. 585.

begründender Grund zu sehen sei.<sup>248</sup> Dies überspannt den Befangenheitsbegriff im Ansatz: Der gesetzliche Regelfall der Schiedsrichterbestellung bei Fehlen einer Parteivereinbarung, § 1035 Abs. 3 Satz 2 ZPO, kann nicht als per se Befangenheit begründend angesehen werden.<sup>249</sup>

Eine Abstufung der Neutralitätsanforderungen nach der Art der Schiedsrichterbestellung verbietet sich.<sup>250</sup> *Lachmann* formuliert:<sup>251</sup>

192

„Die Mitwirkung im Schiedsgericht ist richterliche Tätigkeit. Diese kennt keine halbe Neutralität.“

Dafür spricht der Gesetzeswortlaut, in dem sich jedenfalls kein Anknüpfungspunkt für Differenzierungen bei den Neutralitätsanforderungen nach der Art der Schiedsrichterbestellung findet. Insbesondere § 1036 Abs. 2 Satz 1 ZPO spricht nur vom „Schiedsrichter“. Der Vorsitzende wird in § 1035 Abs. 3 Satz 2 ZPO und § 1035 Abs. 5 Satz 2 ZPO als dritter Schiedsrichter – also einer von drei gleichen – bezeichnet. Zudem deutet § 1035 Abs. 5 Satz 1 ZPO a.E. auf gleiche Neutralitätsanforderungen für alle Schiedsrichter hin, da die Norm auch bei Ersatzbestellung eines beisitzenden Schiedsrichters gilt. Die Regierungsbegründung wollte die Frage allerdings ausdrücklich als bewußt offen gelassen behandelt sehen und in dieser Detailfrage auf die in Literatur und Rechtsprechung entwickelten Lösungen sowie auf die

<sup>248</sup> *Schlosser*, Die Unparteilichkeit des Schiedsrichteramtes, ZZZ 93 (1980), 121, 139, sowie *Schlosser*, in: Stein/Jonas, ZPO, 21. Aufl., § 1032 a.F. Rdnr. 20; zustimmend *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl., Kap. 14, Rdnr. 7.

<sup>249</sup> Auch die von *Franzen*, „Parteischiedsrichter“ – ein vermeidbarer Mangel der Praxis, NJW 1986, 299, 300, beschriebene Gefahr, die darin liegt, daß die potentielle Parteilichkeit des einen Schiedsrichters die Parteilichkeit des anderen verursache oder steigere, da allein die Besorgnis der Befangenheit des einen die Befangenheit des anderen fördert, ist keine in der Regelung angelegte Gefahr, sondern wäre Folge einer Fehlinterpretation.

<sup>250</sup> *Albers*, S., Der parteibestellte Schiedsrichter im schiedsgerichtlichen Verfahren der ZPO und das Gebot überparteilicher Rechtspflege, S. 59 ff., insbesondere S. 70 f.; *Ebbing*, Private Zivilgerichte, S. 300; *Geimer*, in: Zöller, ZPO, 26. Aufl., § 1036 Rdnr. 2; *Hartmann*, in: Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 65. Aufl., § 1036 Rdnr. 5; *Jagenburg*, Schiedsgerichtsbarkeit zwischen Wunsch und Wirklichkeit, in: FS Oppenhoff, S. 147, 158 ff.; *Karl*, Die Gewährleistung der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Schiedsrichters, S. 129 ff.; *Lachmann*, Gedanken zur Schiedsrichterablehnung aufgrund Sozietätszugehörigkeit, in: FS Geimer, S. 513, 515 f.; *Maier*, in: Münchener Kommentar, ZPO, 1. Aufl., § 1032 a.F. Rdnr. 4; *Münch*, in: Münchener Kommentar, ZPO, 2. Aufl., § 1036 Rdnr. 15 und § 1035 Rdnr. 23; *Pelzer*, Die Dissenting Opinion in der Schiedsgerichtsbarkeit, S. 29; *Reichold*, in: Thomas/Putzo, ZPO, 27. Aufl., § 1036 Rdnr. 2; *Reiner/Jahnel*, in: Schütze, Institutionelle Schiedsgerichtsbarkeit, 2006, Art 7 ICC-VerfO Rdnr. 1; *Saenger*, in: Saenger, ZPO, 1. Aufl., § 1036, Rdnr. 2; *Theune*, in: Schütze, Institutionelle Schiedsgerichtsbarkeit, 2006, § 15 DIS-VerfO Rdnr. 1; *Thümmel*, in: Schütze, Institutionelle Schiedsgerichtsbarkeit, 2006, Art 7 AAA-VerfO Rdnr. 4; *Wais*, in: Schütze/Tscherning/Wais, Handbuch des Schiedsverfahrens, 2. Aufl., Rdnr. 271; zur Parallelregelung Art. 12 UNCITRAL-ModG *Holtzmann/Neuhaus*, UNCITRAL Model Law On International Commercial Arbitration, 1989, S. 389. Vgl. auch *Franzen*, „Parteischiedsrichter“ – ein vermeidbarer Mangel der Praxis, NJW 1986, 299, 299 ff., der allerdings darüber hinausgehende grundsätzliche Kritik an der Schiedsrichterbestellung durch die Parteien übt.

<sup>251</sup> *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtsbarkeit, 2. Aufl., Rdnr. 585. Ähnlich: *Münch*, in: Münchener Kommentar, ZPO, 2. Aufl., § 1036 Rdnr. 15: „... man kann nicht Neutralität simpel mit zweierlei Maß messen.“ (In § 1035 Rdnr. 23 neben Betonung uneingeschränkter Neutralität Skepsis: das „erscheint aber zumindest rechtspraktisch durchaus zweifelhaft“); *Geimer*, in: Zöller, ZPO, 26. Aufl., § 1036 Rdnr. 2: „Abgestufte Anforderungen an die Unparteilichkeit gibt es nicht.“

IBA Rules of Ethics zurückgreifen.<sup>252</sup> Es mag dahinstehen, ob diese Frage tatsächlich nicht regelbar war. Die IBA Rules of Ethics in der seinerzeitigen Fassung des Jahres 1986 regelten den „nonneutral arbitrator“ gesondert in Canon VII., wobei der Maßstab weithin an den allgemeinen Maßstab angeglichen ist und der Hinweis nicht fehlt, daß außerhalb der Anwendbarkeit des US-amerikanischen Rechts nach den nationalen Rechtsordnungen ein gleicher Maßstab für alle Schiedsrichter erforderlich sein kann.

193 Für dieses Ergebnis spricht mit Blick auf die viel berufene Internationalität der Schiedsgerichtsbarkeit ein Vergleich mit den Verfahrensordnungen der administrierten Schiedsgerichtsbarkeit. Ausnahmslos stellen die wichtigsten Verfahrensordnungen der internationalen (nicht branchenbezogenen) Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit und die DIS-VerfO auf die Neutralität jedes Schiedsrichters ab – unabhängig davon, wie diese benannt werden:

- Art. 7.1 ICC-VerfO: „Every arbitrator must be and remain independent of the parties involved in the arbitration.“
- Art. 5.2 LCIA-VerfO: „All arbitrators conducting an arbitration under these Rules shall be and remain at all times impartial and independent of the parties; ...“
- § 15 DIS-VerfO: „Jeder Schiedsrichter muss unparteilich und unabhängig sein.“
- Art. 7.1 der International Arbitration Rules der American Arbitration Association (AAA): „Arbitrators acting under these rules shall be impartial and independent.“<sup>253</sup>

194 Schließlich sprechen Zweckmäßigkeitserwägungen gegen einen abgemilderten Beurteilungsmaßstab. Denn nach Erfahrungen von Praktikern erwarten gerade im Schiedsgerichtsverfahren erfahrene Parteien von dem durch sie benannten Schiedsrichter keine latente Parteilichkeit, weil sie – und auch die Schiedsrichter – wissen, daß ein parteiischer Schiedsrichter aus der Abseitsposition in der Beratung nicht mehr herauskommt und eine konstruktive Zusammenarbeit dann nicht mehr möglich ist.<sup>254</sup>

195 Da für alle Schiedsrichter deshalb der gleiche gesetzliche Maßstab gilt, verbietet sich im Hinblick auf Bestellungskriterien auch die Berücksichtigung von Kompensationskriterien. Weder

<sup>252</sup> Vgl. Regierungsbegründung des Gesetzentwurfes des Schiedsverfahrens-Neuregelungsgesetzes – SchiedsVfG, BT-Drucks. 13/5274, Begründung zu § 1036 Abs. 2 Satz 1 ZPO, S. 40 f. Vgl. zur überarbeiteten Fassung *de Witt Wijnen/Voser/Rao*, Background Information on the IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, Business Law International 2004, 433 ff.

<sup>253</sup> Die Verfahrensordnung findet sich über die Homepage der AAA [www.adr.org](http://www.adr.org). Anders hingegen unterscheiden die Commercial Arbitration Rules für rein US-nationale Verfahren zwischen „neutral arbitrator“ und „party appointed arbitrator“, vgl. Rules R-12 ff. Vgl. dazu im Zusammenspiel mit den IBA Rules of Ethics *Bader*, Arbitrator Disclosure, Journal of International Arbitration, 12 (3), 1995, 39, 42 f.; *Walter*, Die schiedsrichterliche Unabhängigkeit in der privaten Schiedsgerichtsbarkeit im deutschen und angloamerikanischen Recht, S. 166 f.

<sup>254</sup> *Jagenburg*, Schiedsgerichtsbarkeit zwischen Wunsch und Wirklichkeit, in: FS Oppenheim, S. 147, 159; *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtsbarkeit, 2. Aufl., Rdnr. 585.



gibt es einen Ausgleich durch sich aufhebende Befangenheit, noch kann ein Schiedsrichter gegen die begründete Geltendmachung von Verstößen gegen Bestellungskriterien mit dem „Gegenbeweis“ der Unbefangenheit durchdringen; dies gilt unabhängig vom Stand des schiedsrichterlichen Verfahrens, da einer zögerlichen Handhabung von Rechtsbehelfen gegen das Fehlen von Bestellungskriterien die gesetzlichen Präklusionsfristen entgegenwirken.<sup>255</sup> Als Ergebnis ist deshalb festzuhalten, daß für alle Schiedsrichter der gleiche gesetzliche Bestellungsmaßstab gilt.

### III. Behandlung von Ausschließungsgründen

In der staatlichen Zivilgerichtsbarkeit wird für Richter zwischen Ausschließungsgründen, § 41 ZPO, und Ablehnungsgründen, § 42 ZPO, unterschieden. Nach § 41 Nrn. 1 bis 6 ZPO ist ein staatlicher Richter von der Ausübung des Richteramts kraft Gesetzes ausgeschlossen: 196

- in Sachen, in denen der Richter selbst Partei ist, oder zu einer Partei im Verhältnis eines Mitberechtigten, Mitverpflichteten oder Regreßpflichtigen steht;
- in Sachen des (auch früheren) Ehegatten oder Lebenspartners;
- in Sachen bestimmter verwandtschaftlicher Nähe;
- in Sachen, in denen der Richter Prozeßbevollmächtigter, Beistand oder gesetzlicher Vertreter einer Partei ist oder war;
- in Sachen, in denen der Richter als Zeuge oder Sachverständiger vernommen ist;
- in Sachen, in denen der Richter beim Erlaß der angefochtenen Entscheidung mitwirkte, es sei denn als beauftragter oder ersuchter Richter.

In diesen Fällen kann der Richter trotz des bereits bestehenden gesetzlichen Ausschließungsgrundes auch von den Parteien abgelehnt werden, § 42 Abs. 1 ZPO. Daneben besteht ein Ablehnungsrecht wegen Besorgnis der Befangenheit, § 42 Abs. 1 ZPO, das heißt, „wenn ein Grund vorliegt, der geeignet ist, Mißtrauen gegen die Unparteilichkeit eines Richters zu rechtfertigen“, § 42 Abs. 2 ZPO. Dieses Ablehnungsrecht entfällt, wenn sich die ablehnende Partei in Kenntnis des betreffenden Ablehnungsgrundes in eine Verhandlung vor dem abzulehnenden Richter eingelassen oder Anträge gestellt hat, § 43 ZPO. Ausschließungsgründe

<sup>255</sup> Lachmann, Gedanken zur Schiedsrichterablehnung aufgrund Sozietätszugehörigkeit, in: FS Geimer, S. 513, 517.

können weiter geltend gemacht werden, und erforderlichenfalls kann die Entscheidung, an welcher der ausgeschlossene Richter mitgewirkt hat, angegriffen werden mittels Nichtigkeitsklage, § 579 Abs. 1 Nr. 2 ZPO, und mittels Revision (der Ausschließungsgrund ist absoluter Revisionsgrund, § 547 Nr. 2 ZPO; die Revision ist jedoch fristgebunden, § 548 ZPO, sowie zulassungsbedürftig, § 543 Abs. 1 ZPO).

- 197 Im schiedsrichterlichen Verfahrensrecht hingegen gibt es keine Ausschließungsgründe. § 1032 Abs. 1 ZPO a.F.<sup>256</sup> verwies zwar noch pauschal auf die §§ 41 ff. ZPO, was § 1036 ZPO nunmehr vermeidet. Allerdings folgte aus der Vorgängerregelung, daß auch Ausschließungsgründe stets in einem Ablehnungsverfahren geltend zu machen waren. Genaugenommen gab es deshalb für Schiedsrichter keine gesetzlich wirkenden Ausschließungsgründe.<sup>257</sup> Der Unterschied zum Ablehnungsgrund der Besorgnis der Befangenheit bestand darin, daß bei den Gründen des Ausschließungskatalogs keine Prüfung dahingehend stattfinden mußte, ob der Grund geeignet ist, Mißtrauen gegen die Unparteilichkeit des Schiedsrichters im Sinne § 42 Abs. 2 ZPO zu rechtfertigen. Nach geltendem Recht fehlt die Kategorie der Ausschließungsgründe. Sie hat keine eigenständige Bedeutung mehr.<sup>258</sup> Der fundamentalste Ausschließungsgrund, nämlich das Richten in eigener Sache, § 41 Nr. 1 ZPO, wurde allerdings bereits als schiedsrichterbezogenes Konstituierungshindernis eingeordnet, das im Beendigungsverfahren nach § 1038 Abs. 1 Satz 2 ZPO gestützt auf den Grund der rechtlichen Unmöglichkeit geltend zu machen ist. In den (übrigen) Fällen, in denen ein staatlicher Richter ausgeschlossen wäre, kann ein Schiedsrichter in aller Regel wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt

<sup>256</sup> § 1032 Abs. 1 ZPO a.F. lautete: „Ein Schiedsrichter kann aus denselben Gründen und unter denselben Voraussetzungen abgelehnt werden, die zur Ablehnung eines Richters berechtigen.“

<sup>257</sup> Kritisch *Kornblum*, Probleme der schiedsrichterlichen Unabhängigkeit, S. 74 ff. und S. 129 ff., *Kornblum*, Bemerkungen zur geplanten Neuregelung des deutschen Rechts der privaten Schiedsgerichtsbarkeit, ZRP 1995, 331, 331 f.; und bedauernd *Münch*, in: Münchener Kommentar, ZPO, 2. Aufl., § 1036 Rdnr. 1 und Rdnr. 5.

<sup>258</sup> Ein Beispiel für eine erfolgreiche Schiedsrichterablehnung wegen der Besorgnis der Befangenheit gestützt auf eine Vorbefassung des Schiedsrichters als gerichtlich bestellter Sachverständiger im Sinne § 41 Nr. 5 ZPO: *OLG Karlsruhe*, Beschl. v. 04.07.2006 – 10 Sch 2/06, DIS-Datenbank.

werden.<sup>259</sup> Hat die Partei den Grund als berechtigten Ablehnungsgrund geltend gemacht, unterliegt ein unter Mitwirkung des abgelehnten Schiedsrichters erlassener Schiedsspruch der Aufhebung jedenfalls gemäß § 1059 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. d) ZPO.

---

<sup>259</sup> Hier besteht der Vorteil der Ausgestaltung als Ablehnungsgründe, da die Parteien in bestimmten Fällen übereinstimmend eine „ausgeschlossene“ Person zum Schiedsrichter bestellen wollen, etwa einen bereits mit der Sache befaßten Anwalt, so *Wais*, in: Schütze/Tscherning/Wais, Handbuch des Schiedsverfahrens, 2. Aufl., Rdnr. 271; vgl. auch *OLG Frankfurt a.M.*, Beschl. v. 27.04.2006 – 26 SchH 01/06, DIS-Datenbank.

## B Parteivereinbarter Maßstab

- 198 Aufgrund der personellen Verfahrensherrschaft der Parteien können sie Voraussetzungen und besondere Anforderungen vereinbaren, welche die Schiedsrichter erfüllen müssen. Indirekt findet diese Möglichkeit Erwähnung in § 1036 Abs. 2 Satz 1 ZPO, wonach ein Ablehnungsgrund auch darin besteht, daß der Schiedsrichter „die zwischen den Parteien vereinbarten Voraussetzungen nicht erfüllt.“ Im Vordergrund für die Auswahl der Schiedsrichter werden Vertrauen, Fachkompetenz und Engagement stehen. Die Parteien können ihr Schiedsgericht „maßschneidern“, wobei die Praxis allerdings Grenzen setzt: So wird darauf hingewiesen, daß es in bestimmten Spezialbereichen schwierig sein kann, Schiedsrichter zu finden, die mit der Materie und dem Schiedsgerichtsverfahrensrecht vertraut sind, die erforderliche Unabhängigkeit und Unparteilichkeit aufweisen und für die zu erwartende Honorierung die notwendige Zeit aufbringen.<sup>260</sup>
- 199 Die Parteien sind bei der Auswahl der Schiedsrichter völlig frei. Sie können zum Beispiel Sprachkenntnisse, Fachkenntnisse,<sup>261</sup> eine Branchenzugehörigkeit, eine bestimmte Ausbildung<sup>262</sup> oder andere Qualifikationsnachweise<sup>263</sup> verlangen. Dies geschieht allerdings – soweit ersichtlich – vergleichsweise selten schon in der Parteivereinbarung. Die Kriterien, die im Hinblick auf eine konkrete Streitigkeit von besonderer Bedeutung sind, können auch direkt bei der Bestellung Berücksichtigung finden. Das hat den Vorteil größerer Flexibilität und trägt dem Umstand Rechnung, daß bei Abschluß der Schiedsvereinbarung nicht stets schon absehbar ist, welchen Schwerpunkt ein potentieller Rechtsstreit haben könnte.
- 200 Zweckmäßig ist die Empfehlung der Praxis, daß in einem Kollegialschiedsgericht zumindest der Vorsitzende oder der Einzelschiedsrichter Jurist sein sollte.<sup>264</sup> Dies überzeugt, weil diesen Schiedsrichtern die Verfahrensleitung obliegt, die in besonderem Maße rechtlich durchdrungen ist. Da zu Schiedsrichtern in der Regel Anwälte, Notare, Richter und Hochschullehrer bestellt werden, ist eine ausdrückliche Vereinbarung dieses Kriteriums jedoch entbehrlich.

<sup>260</sup> Lachmann, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnr. 105.

<sup>261</sup> Vgl. z.B. die der Entscheidung *OLG Köln*, Beschl. v. 22.12.1999 – 9 Sch15/99, DIS-Datenbank, zugrunde liegende Schiedsvereinbarung in der es heißt: „Die Schiedsrichter müssen in Bezug auf das Hotel- und Gaststätten-gewerbe sachkundig sein.“; vgl. zum Kriterium der Sachkunde auch Lachmann, Ausgewählte Aspekte des neuen Schiedsverfahrensrechts, BuW 1998, 582, 583 f.

<sup>262</sup> In internationalen Verfahren sind die verschiedenen juristischen Ausbildungssysteme zu berücksichtigen, so daß die parteivereinbarte Voraussetzung „Volljurist“ zu vermeiden ist, vgl. Lachmann, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnr. 533, Lörcher/Lörcher Das Schiedsverfahren – national/international – nach neuem Recht, 1. Aufl., Rdnr. 87.

<sup>263</sup> Etwa die Vereinbarung, bei dem Schiedsrichter müsse es sich um einen „gerichtlich vereidigten Sachverständigen“ handeln, *OLG Köln*, Beschl. v. 21.03.2002 – 9 SchH 22/02, DIS-Datenbank.

<sup>264</sup> Z.B. Lachmann, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnr. 532.

In internationalen Verfahren ist es nicht unüblich, daß der Vorsitzende anderer Nationalität als derjenigen der Parteien ist. Diese Gepflogenheit nimmt § 1035 Abs. 5 Satz 2 ZPO für das Ersatzbestellungsverfahren auf. Allerdings ist in die Entscheidung auch das anwendbare Recht einzubeziehen, um zu verhindern, daß der Vorsitzende aus einer Rechtsordnung kommt, die nicht nur mit keiner der Rechtsordnungen der Parteien, sondern vor allem nichts mit der anwendbaren Rechtsordnung zu tun hat.<sup>265</sup> Da § 1035 Abs. 5 Satz 2 ZPO zu Recht weich formuliert ist, kann bei einer Ersatzbestellung hier im Einzelfall entschieden werden. Für rein nationale Verfahren hat die Vorschrift keine eigenständige Bedeutung.

201

---

<sup>265</sup> Vgl. *Redfern/Hunter*, International Commercial Arbitration, S. 173.

## C Verfahrensrechtliche Absicherung

- 202 Verfahrensrechtlich wird die Durchsetzung der Bestellungskriterien präventiv durch die schiedsrichterliche Offenbarungspflicht abgesichert. Bei Verstößen gegen Bestellungskriterien steht repressiv als nicht abbedingbarer Rechtsbehelf das Ablehnungsverfahren bereit.

### I. Schiedsrichterliche Offenbarungspflicht

- 203 Die dem Schiedsrichter und vor allem schon dem Schiedsrichterkandidaten obliegende Offenbarungspflicht verdient besondere Beachtung. Sie korrespondiert mit dem Ablehnungsrecht der Parteien und ist deshalb insbesondere für die Sicherung von Unparteilichkeit und Unabhängigkeit zentral.<sup>266</sup> Die Offenbarungspflicht besteht nunmehr kraft Gesetzes, § 1036 Abs. 1 ZPO. Dies entspricht internationalem Standard.<sup>267</sup> Darüber hinaus ist sie oft – in der administrierten Schiedsgerichtsbarkeit stets – Gegenstand ausdrücklicher vertraglicher Regelung. Bei Abschluß eines Schiedsrichtervertrags wird sie zur vertraglichen Nebenpflicht.<sup>268</sup> Materiell wurde die Offenbarungspflicht überwiegend schon vor der Normierung in § 1036 Abs. 1 ZPO anerkannt.<sup>269</sup> Die prozessuale Verankerung ist US-amerikanischer Herkunft.<sup>270</sup> Dort wurde die Offenbarungspflicht von der Rechtsprechung als Reaktion darauf entwickelt, daß während des laufenden Schiedsgerichtsverfahrens keine Schiedsrichterablehnung möglich ist. Erst nach Erlass des Schiedsspruches können Defizite in der Person des Schiedsrichters geltend gemacht werden, wobei die Aufhebungstatbestände sehr eng sind. Unter den Aufhebungsgrund „misconduct“ konnte dann das Unterlassen einer prozessual geschuldeten Offenbarung („disclosure“) gefaßt werden.

#### 1. Begriff und Zweck

- 204 Offenbarungspflicht ist die konstituierungsbezogene Pflicht des Schiedsrichterkandidaten bzw. Schiedsrichters, Umstände mitzuteilen, die Zweifel an seiner Unparteilichkeit oder Un-

<sup>266</sup> *Redfern/Hunter*, International Commercial Arbitration, S. 174, bezeichnen „disclosure“ in dieser Hinsicht zu Recht als „key element“

<sup>267</sup> *Voser*, Interessenkonflikte in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, *SchiedsVZ* 2003, 59, 61; zur Modellregelung Art. 12 Abs. 1 UNCITRAL-ModG: Seventh Secretariat Note, A/CN.9/264 (25. March 1985) Nr. 2 in: *Holtzmann/Neuhaus*, UNCITRAL Model Law On International Commercial Arbitration, S. 399.

<sup>268</sup> *Münch*, in: Münchener Kommentar, ZPO, 2. Aufl., § 1036 Rdnr. 8.

<sup>269</sup> Vgl. *Münch*, in: Münchener Kommentar, ZPO, 2. Aufl., § 1036 Rdnr. 8, mit Nachweisen in Fußnote 41.

<sup>270</sup> Näher *Granzow*, Das UNCITRAL-Modellgesetz über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit von 1985, S. 112 ff.; *Karl*, Die Gewährleistung der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Schiedsrichters, S. 103 f.; *Schlosser*, Die Unparteilichkeit des Schiedsrichteramtes, *ZZP* 93 (1980), 121, 122.

abhängigkeit wecken können, vgl. § 1036 Abs. 1 Satz 1 ZPO. Darüber hinaus besteht diese Pflicht auch bezüglich parteivereinbarter Bestellungskriterien, wenn der Schiedsrichter also „die zwischen den Parteien vereinbarten Voraussetzungen nicht erfüllt“.<sup>271</sup> Verallgemeinert betrifft sie alle Bestellungskriterien und schiedsrichterbezogenen Konstituierungshindernisse in der Person des Offenbarungspflichtigen. Die Regelung dient erstens dem Zweck, eine schnelle aber dauerhafte Bildung des Schiedsgerichts zu gewährleisten, indem Verdächtiges so früh wie möglich offen zu legen ist.<sup>272</sup> Die Offenbarung hat in diesem Sinne sowohl eine Informations- als auch Warnkomponente.<sup>273</sup> Beides setzt sich nach der Bestellung des Schiedsrichters fort, indem die relevanten Informationen – auch solche, die erst im Verlaufe des schiedsrichterlichen Verfahrens auftreten oder erkannt werden – nunmehr allen Parteien gegenüber zu offenbaren sind. Damit dient die Offenbarungspflicht zweitens der Kontrolle des Schiedsgerichts und der eventuell notwendigen, schnellen erneuten Konstituierung. Drittens schließlich stärkt das Bestehen der Pflicht und die dadurch begründete Erwartung gewissenhafter Ausübung das Vertrauen der Parteien in die agierenden Schiedsrichter. Alle drei Zwecke erfordern, die Offenbarungspflicht streng zu handhaben. Die Zweifelsfallregel muß lauten: Lieber zu viel offenbaren, als zu wenig.<sup>274</sup>

Ihrem Zweck entsprechend ist die Offenbarungspflicht eine Dauerpflicht.<sup>275</sup> Denn sie setzt ein, wenn dem Schiedsrichterkandidaten das Schiedsrichteramt angetragen wird, vgl. § 1036 Abs. 1 Satz 1 ZPO, und besteht nach der Bestellung bis zum Ende des schiedsrichterlichen Verfahrens fort, vgl. § 1036 Abs. 1 Satz 2 ZPO. Die Formulierung „ein Schiedsrichteramt angetragen“ meint entsprechend den schiedsrichterbezogenen Etappen der Konstituierung die Benennung als Schiedsrichter. Die naheliegende Frage, ob bereits jede noch so unkonkrete Anfrage zu einer Offenbarungspflicht führt, ist nicht über die Auslegung des Begriffs des

205

<sup>271</sup> Letzteres ist umstritten, vgl. Rdnrn. 210 f.

<sup>272</sup> Münch, in: Münchener Kommentar, ZPO, 2. Aufl., § 1036 Rdnr. 8.

<sup>273</sup> Vgl. die Überlegungen zur Parallelregelung Art. 12 Abs. 1 UNCITRAL-ModG: Seventh Secretariat Note, A/CN.9/264 (25. March 1985) Nr. 2 in: *Holtzmann/Neuhaus*, UNCITRAL Model Law On International Commercial Arbitration, 1989, S. 399: „The duty of a prospective arbitrator to disclose any circumstances of the type referred to in paragraph (1) is designed to inform and alert the person approaching him at an early stage about possible doubts and, thus, helps to prevent the appointment of an unacceptable candidate.”

<sup>274</sup> *Berger*, Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit, S. 169; *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnr. 618; so wohl auch *Karl*, Die Gewährleistung der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Schiedsrichters, S. 105, der meint die Grauzone zwischen zweifelsfrei offenbarungspflichtigen Tatsachen und sicherlich nicht offenbarungspflichtigen unterfalle der Offenbarungspflicht; *Kröll*, Die Ablehnung eines Schiedsrichters nach deutschem Recht, ZZP 116 (2003), 195, 199; *OLG Naumburg*, Beschl. v. 19.12.2001 – 10 SchH 03/01, DIS-Datenbank, unter IV. 5. c) der Gründe. *Geimer*, in: *Zöller*, ZPO, 26. Aufl., § 1036 Rdnr. 9, tritt demgegenüber für eine restriktive Auslegung im Lichte Art. 3 Abs. 1 GG ein, solange staatliche Richter nicht ebenfalls zur Offenbarung verpflichtet werden. Dies überzeugt nicht, weil die Eigenarten des schiedsrichterlichen Verfahrens, insbesondere die personelle Verfahrensherrschaft der Parteien, die Vergleichbarkeit des staatlichen Richters mit dem Schiedsrichter unter dem Gesichtspunkt der Notwendigkeit einer Offenbarungspflicht in Frage stellen.

<sup>275</sup> Vgl. zur Modellregelung Art. 12 Abs. 1 UNCITRAL-ModG: *Holtzmann/Neuhaus*, UNCITRAL Model Law On International Commercial Arbitration, 1989, S. 390.

Antragens des Schiedsrichteramts zu lösen. Vielmehr berührt diese Frage den Aspekt der Kenntnis der relevanten Umstände und damit den Umfang der Offenbarung.<sup>276</sup>

## 2. Offenbarungspflichtige Personen

206 Offenbarungspflichtig ist jeder Schiedsrichter, § 1036 Abs. 1 Satz 2 ZPO, und nach Satz 1 der Vorschrift bereits der Schiedsrichterkandidat mit dem Zeitpunkt seiner Benennung. Sonst würde der Zweck der zügigen Konstituierung des Schiedsgerichts nicht erreicht. Da das Antragen des Schiedsrichteramts – jedenfalls praktisch – der Bestellung vorausgeht, hat § 1036 Abs. 1 Satz 2 ZPO für die Begründung der Pflicht dem Schiedsrichter gegenüber keine entscheidende Bedeutung, denn er wurde in aller Regel bereits als Schiedsrichterkandidat gesetzlich zur Offenbarung verpflichtet. Die Vorschrift hat einen anderen Regelungsgehalt: Erstens stellt sie die Aufrechterhaltung der Pflicht auch nach der Benennung klar und zeigt damit an, daß es sich um eine Dauerpflicht handelt. Zweitens modifiziert sie den Adressatenkreis der Offenbarung.<sup>277</sup> Drittens führt sie eine gesetzliche Fristbindung für die Erfüllung der Offenbarungspflicht ein.<sup>278</sup> Und sie gibt viertens Aufschluß über das Ende der Offenbarungspflicht.<sup>279</sup> Aus § 1036 Abs. 1 Satz 2 ZPO folgt aber im Hinblick auf die Begründung der Offenbarungspflicht durch Nichterwähnung doch etwas: Es kommt weder darauf an, wer der Antragende ist, noch darauf, durch wen der Schiedsrichter bestellt wird. Diese Überlegung hat zur Folge, daß die Offenbarungspflicht nicht nur in dem Regelfall besteht, in dem eine Partei bei dem Schiedsrichterkandidaten anfragt, sondern genauso bei der Anfrage benennungs- oder bestellungsbefugter Dritter, also insbesondere bei Anfragen durch Schiedsgerichtsinstitutionen und durch Gerichte im Ersatzbestellungsverfahren.

207 Die Offenbarungspflicht ist eine originäre Pflicht des Schiedsrichterkandidaten bzw. Schiedsrichters. Dies wird wohl (indirekt) angezweifelt, wenn die Offenbarungspflicht als ein „vorgezogenes Selbstablehnungsrecht“ bezeichnet wird.<sup>280</sup> Das ist jedenfalls mißverständlich formuliert, denn es gibt kein Selbstablehnungsrecht des Schiedsrichters, sondern nur dessen Kündigung des Prozeßrechtsverhältnisses und des Schiedsrichtervertrages. Außerdem indiziert Selbstablehnungsrecht zu Unrecht, daß eine Offenbarung rechtlich automatisch zur Ablehnbarkeit führt. Das ist bedenklich, weil der Schiedsrichter den Kreis der offenbarungs-

<sup>276</sup> Vgl. Rdnrn. 208 f.

<sup>277</sup> Zum modifizierten Adressatenkreis näher Rdnr. 213. Dies übersieht *Karl*, Die Gewährleistung der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Schiedsrichters, S. 105, der meint, die Offenbarungspflicht bestehe gegenüber beiden Parteien, ohne diesbezüglich einzuschränken.

<sup>278</sup> Vgl. Rdnr. 215.

<sup>279</sup> Vgl. Rdnr. 217.

<sup>280</sup> So ausdrücklich *Münch*, in: Münchener Kommentar, ZPO, 2. Aufl., § 1036 Rdnr. 10. Allerdings zeigt die übrige Kommentierung ein anderes zugrunde gelegtes Verständnis.



pflichtigen Tatsachen tendenziell dann zu eng sehen wird, wenn er davon ausgeht, daß nur Gründe offenbarungspflichtig sind, die definitiv zur Ablehnung führen. Schließlich verwischt die Formulierung, daß es sich nicht um ein Recht, sondern eine Pflicht des Schiedsrichters handelt, deren Verletzung insbesondere haftungsrechtliche Folgen haben kann.<sup>281</sup>

### 3. Umfang

Die Offenbarungspflicht ist ihrem inhaltlichen Umfang nach äußerst weit.<sup>282</sup> Ihre Ausgestaltung als Dauerpflicht trägt dem schiedsrichterlichen Verfahren als Prozeß Rechnung, der sich auch hinsichtlich möglicherweise erheblicher offenbarungspflichtiger Umstände entwickelt. Bezüglich unbekannter Tatsachen und solcher, deren Kenntnis nicht unterstellt werden darf, kann es keine Offenbarungspflicht geben, denn ihre Erfüllung wäre unmöglich. Der relevante Kenntnisstand des Schiedsrichterkandidaten bzw. Schiedsrichters betrifft verschiedene Aspekte, nämlich die Parteivereinbarungen zum Verfahren sowie anwendbaren verfahrensrechtlichen Vorschriften, den Verfahrensgegenstand und den Gang des schiedsrichterlichen Verfahrens. Die Offenbarungspflicht betrifft immer nur Umstände, die in der Sphäre des Offenbarungspflichtigen liegen.<sup>283</sup> Dies folgt aus dem Wortlaut des § 1036 Abs. 1 Satz 1 ZPO, in dem es im Hinblick auf die Person des Schiedsrichterkandidaten heißt „Zweifel an ihrer Unparteilichkeit und Unabhängigkeit“. Tatsachen, die allein in der persönlichen Sphäre eines Mitschiedsrichters liegen, sind nicht offenbarungspflichtig. Der Umfang der gesetzlichen Offenbarungspflicht wird nicht durch Dritten gegenüber bestehende berufsrechtliche (oder vertragliche) Geheimhaltungsverpflichtungen beschränkt. Wenn Berufsverschwiegenheit das Unterlassen einer Offenbarung gebietet und eine Entbindung von der Schweigepflicht nicht erlangt werden kann, dann ist das Schiedsrichteramt nicht anzunehmen oder zu beenden.<sup>284</sup>

208

<sup>281</sup> Vgl. Rdnr. 221.

<sup>282</sup> *Karl*, Die Gewährleistung der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Schiedsrichters, S. 100 ff., begründet dies mit dem Sinn und Zweck der Offenbarungspflicht, das strukturelle Informationsgefälle zwischen ablehnungsberechtigter Partei und Schiedsrichter durch eine „sekundäre Darlegungslast“ zu beseitigen.

<sup>283</sup> A.A. *Karl*, Die Gewährleistung der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Schiedsrichters, S. 107 f., der für eine subsidiäre Offenbarungspflicht den Mitschiedsrichtern gegenüber eintritt, da ein Bedürfnis für die Offenbarung durch einen Mitschiedsrichter dann besteht, wenn der eigentlich Offenbarungspflichtige sich beharrlich weigert. Vgl. auch *Maier*, Handbuch der Schiedsgerichtsbarkeit, Rdnr. 203, der zutreffend darauf hinweist, daß Schiedsrichter in Abwägung mit dem Beratungsgeheimnis unter Umständen ein Recht zur Offenbarung haben können, um wegen Verstößen eines Mitschiedsrichters gegen Bestellungskriterien den Parteien die Möglichkeit zur Ablehnung zu eröffnen und ggf. die eigene Kündigung aus wichtigem Grund zu begründen.

<sup>284</sup> *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnr. 619; *Liebscher*, Schiedsrichtervertrag und anwendbares Recht, BB 1999, Beilage 11, S. 2, 3; *Schlosser*, in: Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl., § 1036 Rdnr. 35. *Voit*, in: Musielak, ZPO, 5. Aufl., § 1036 Rdnr. 2. A.A. *Karl*, Die Gewährleistung der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Schiedsrichters, S. 109, der das Bestehen einer Pflichtenkollision verneinen zu können meint, weil die Parteien den Schiedsrichter mit der Bestellung konkludent von der Verschwiegenheit befreit hätten. Diese Meinung ist bedenklich und trifft die vielfach entscheidende Pflichtenkollision nicht, die darin besteht, daß verfahrensunbeteiligte Dritte, etwa die verfahrensunbeteiligte Konzernmutter, von der Pflicht zur

209 Die Offenbarungspflicht bezieht sich nach ihrem Wortlaut auf den allgemeinen gesetzlichen Bestellungsmaßstab der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit. Aus dem Wortlaut folgt in Übereinstimmung mit ihrem Sinn und Zweck, daß sie inhaltlich weiter als das korrespondierende Ablehnungsrecht der Parteien ist. Denn der zu offenbarende Umstand muß lediglich die Möglichkeit eines Zweifels am Erfüllen des allgemeinen Bestellungsmaßstabs der Unparteilichkeit und Unabhängigkeit begründen, also „Zweifel ... wecken können“, § 1036 Abs. 1 Satz 1 ZPO. Für das begründete Geltendmachen des Ablehnungsrechts muß der Umstand den Zweifel selbst begründen, das heißt „Zweifel ... aufkommen lassen“, § 1036 Abs. 2 Satz 1 ZPO. Daß die Offenbarungspflicht weiter als die Ablehnungsgründe geht, zeigt darüber hinaus der Vergleich der gesetzlichen Formulierungen „Zweifel“ in § 1036 Abs. 1 Satz 1 ZPO für die Offenbarungspflicht, mit „berechtigte Zweifel“ in § 1036 Abs. 2 Satz 1 ZPO für die begründete Ablehnung. Die in diesem Sinne verstandene weite Offenbarungspflicht ist folgerichtig: Sie berücksichtigt den Konstituierungsgrundsatz der personellen Verfahrensherrschaft der Parteien, denn ob die offenbarten Zweifel berechtigte Zweifel sind, sollen und können nur die Parteien entscheiden, nicht der Schiedsrichterkandidat bzw. Schiedsrichter. Sie berücksichtigt weiter die Rechtsnatur der Offenbarungspflicht als originäre konstituierungsbezogene Pflicht. Denn sonst wäre sie lediglich Reaktionspflicht, die es den Parteien ermöglichte, trotz Ablehnungsrechts an einem Schiedsrichterkandidaten bzw. Schiedsrichter festzuhalten. Für die Einschätzung der Relevanz eines Umstandes kommt es folgerichtig nicht auf die Sicht des Schiedsrichterkandidaten oder Schiedsrichters an, sondern immer auf die Sicht der Parteien. Da es in § 1036 Abs. 1 Satz 1 ZPO ganz allgemein „Zweifel“ heißt und, wie § 1036 Abs. 2 Satz 1 ZPO zeigt, keine tatsächliche Parteilichkeit oder Abhängigkeit zur Folge haben muß, ist die Intensität der erforderlichen Zweifelhaftigkeit gering.<sup>285</sup>

210 § 1036 Abs. 1 Satz 1 ZPO legt eine Einschränkung im Umfang der gesetzlichen Offenbarungspflicht nahe,<sup>286</sup> indem mit Zweifeln an Unparteilichkeit oder Unabhängigkeit allein auf den allgemeinen gesetzlichen Bestellungsmaßstab Bezug genommen wird und nicht auch auf den unter Ablehnungsgesichtspunkten ebenfalls relevanten parteivereinbarten Maßstab, vgl. § 1036 Abs. 2 Satz 1 ZPO. Gestützt auf den Wortlaut und die pragmatische Überlegung, daß

---

Berufsverschwiegenheit geschützt sind. Unklar *Lotz*, Die Unparteilichkeit und Unabhängigkeit des parteiernannten Schiedsrichters, AnwBl. 2002, 202, 205.

<sup>285</sup> Dennoch müssen die Zweifel ein gewisses Gewicht haben. *Münch*, in: Münchener Kommentar, ZPO, 2. Aufl., § 1036 Rdnr. 10, fordert plausible Zweifel; so auch *Karl*, Die Gewährleistung der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Schiedsrichters, S. 101. *Reichold*, in: Thomas/Putzo, ZPO, 27. Aufl., § 1036 Rdnr. 1, fordert Zweifel, die vom Standpunkt einer Partei aus objektiv und vernünftig sind; so auch *OLG Naumburg*, Beschl. v. 19.12.2001 – 10 SchH 03/01, DIS-Datenbank, unter IV. 5. c) der Gründe.

<sup>286</sup> Dies verkennt *Karl*, Die Gewährleistung der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Schiedsrichters, S. 100, der meint, dem Wortlaut des § 1036 Abs. 1 ZPO sei keine Begrenzung der Offenbarungspflicht zu entnehmen.

der Schiedsrichter kandidat von der Parteivereinbarung zunächst keine Kenntnis haben kann, wird vertreten, daß in dieser Hinsicht die Offenbarungspflicht enger als das korrespondierende Ablehnungsrecht sei.<sup>287</sup> Beide Argumente sind richtig, tragen aber die Begründung im Ergebnis nicht. Unter pragmatischen Gesichtspunkten läßt sich einwenden, daß der Schiedsrichter kandidat auch hinsichtlich der meisten konstellationsbedingten Ablehnungsgründe zunächst keine Kenntnis haben wird.<sup>288</sup> Die Offenbarungspflicht bezüglich konkreter Details entsteht in diesem Fall genauso wie bei parteivereinbarten Voraussetzungen erst mit deren Kenntnis.

Gegen den Vorrang des Wortlauts und für eine analoge Anwendung der gesetzlichen Offenbarungspflicht nach § 1036 Abs. 1 ZPO auf alle Bestellungskriterien sprechen Entstehungsgeschichte und Sinn und Zweck der Vorschrift. Die Voraussetzungen einer Analogie liegen vor. Es besteht eine echte Regelungslücke, denn § 1036 ZPO geht auf Art. 12 UNCITRAL-ModG zurück und soll dieser Norm bis auf redaktionelle Änderungen entsprechen.<sup>289</sup> Die Regelung über die parteivereinbarten Voraussetzungen wurde in Art. 12 Abs. 2 UNCITRAL-ModG erst in die letzte Textfassung eingefügt; eine Anpassung der Regelung der Offenbarungspflichten wurde danach nicht diskutiert.<sup>290</sup> Bei der Erarbeitung des UNCITRAL-ModG wurde das Problem übersehen. Das hat sich wiederholt, indem der Gesetzgeber Art. 12 UNCITRAL-ModG ohne Klarstellung übernahm. Auch die Interessenlage ist vergleichbar. Sinn und Zweck der Offenbarungspflicht sprechen gegen eine Differenzierung zwischen den einzelnen Bestellungskriterien, denn der Schiedsrichter hat kein schützenswertes Interesse daran, das Nichtvorliegen parteivereinbarter Voraussetzungen für sich zu behalten, und er kann die Pflicht ab Kenntnis der Parteivereinbarung ohne weiteres erfüllen. Die Parteien auf der anderen Seite haben an einer frühzeitigen Offenbarung im Regelfall ein großes Interesse, wenn sie die Förderung des schiedsrichterlichen Verfahrens anstreben. Schließlich ist die Schutzrichtung der Norm im Hinblick auf parteivereinbarte Bestellungskriterien identisch, denn nur bei deren Einbeziehung wird konsequent das System des Ablehnungsrechts mit jeweils korrespondierender Offenbarungspflicht durchgehalten. Folgt man dieser Argumentation nicht, wird sich

211

<sup>287</sup> Münch, in: Münchener Kommentar, ZPO, 2. Aufl., § 1036 Rdnr. 10.

<sup>288</sup> Wenn z.B. Parteien des schiedsrichterlichen Verfahrens über die Mangelhaftigkeit einer Lieferung Zwischenhändler und Endabnehmer sind und ein Schiedsrichter den Hersteller der Lieferkette gegenwärtig vertritt, wird er die darin liegende Problematik selten bereits aus der Schiedsvereinbarung erkennen können. Gleiches gilt für Konzernverflechtungen der Schiedsparteien.

<sup>289</sup> So die Regierungsbegründung zu § 1036 ZPO, BT-Drucks. 13/5274, S. 40. Lachmann, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnr. 620, hält die Regelung der Offenbarungspflicht hinsichtlich parteivereinbarter Voraussetzungen für möglicherweise leicht verunglückt. Münch, in: Münchener Kommentar, ZPO, 2. Aufl., § 1036 Rdnr. 2, weist zutreffend darauf dahin, daß die Regierungsbegründung insoweit beschönigt, als nach § 1036 Abs. 1 ZPO lediglich „Zweifel“ erforderlich sind, nach Art. 12 Abs. 1 UNCITRAL-ModG jedoch „justifiable doubts“.

<sup>290</sup> Vgl. Commission Report A/40/17 (21. August 1985) Nrn. 112 ff. in: Holtzmann/Neuhaus, UNCITRAL Model Law On International Commercial Arbitration, 1989, S. 404 f.

im Ergebnis jedoch selten etwas ändern: Denn eine vertragliche Offenbarungspflicht ist als Nebenpflicht aus dem Schiedsrichtervertrag weiter anzunehmen. Dies entspricht der Konstruktion der Offenbarungspflicht vor deren gesetzlicher Regelung. Dann ergibt sich die Pflicht zur Offenbarung auch bei Zweifeln am Vorliegen der übrigen Bestellungskriterien, denn auch deren Fehlen gefährdet das schiedsrichterliche Verfahren und den Schiedsspruch.

#### 4. Adressat der Offenbarung

212 Wer Adressat der Offenbarung ist, richtet sich nach dem Verfahrensstand. Auf einen Antrag hin ist der Schiedsrichterkandidat grundsätzlich zunächst nur dem Antragenden gegenüber zur Offenbarung verpflichtet. Wenn es nicht zur Bestellung kommt, besteht keine weitere Verpflichtung.

213 Mit dem Zeitpunkt der Bestellung des Schiedsrichters erweitert sich der Adressatenkreis in zweifacher Hinsicht, vgl. § 1036 Abs. 1 Satz 2 ZPO: Solche Umstände, die dem Antragenden gegenüber schon offenbart wurden, sind jetzt auch allen Parteien gegenüber zu offenbaren. Solche Umstände, die erstmals nach der Bestellung offenbart werden, sind von vornherein allen Parteien gegenüber zu offenbaren. Unter Umständen besteht also nach der Bestellung eine Nachholungspflicht einer bereits vorgenommenen Offenbarung gegenüber weiteren Personen. Dies ist auch dann zu beachten, wenn das Antragen des Schiedsrichteramts nicht von einer Partei, sondern von Dritten, Gericht oder bereits bestellten Schiedsrichtern ausging. Die Offenbarung dem Antragenden gegenüber wirkt nicht als Offenbarung der Partei gegenüber, für die der Antragende hier handelte: Denn gemäß § 1036 Abs. 2 Satz 2 ZPO besteht die Pflicht ab dem Zeitpunkt der Bestellung unmittelbar gegenüber den Parteien. Die dem Dritten gegenüber vorgenommene Offenbarung ist gegenüber den Parteien zu wiederholen. In der administrierten Schiedsgerichtsbarkeit werden die Schiedsrichter in der Regel von der Schiedsgerichtsorganisation bestellt, und die Parteien haben ein Benennungsrecht. Da die Verfahrensordnungen aber stets Zeitpunkt und Adressatenkreis der Offenbarung regeln,<sup>291</sup> erübrigt sich die Frage, ob die Benennung in dieser Hinsicht der Bestellung gleichsteht.

---

<sup>291</sup> Nach § 16.1 Satz 1 DIS-VerfO ist der benannte Schiedsrichter zur Offenbarung gegenüber der Geschäftsstelle verpflichtet, die gemäß Satz 2 der Vorschrift die Parteien unterrichtet. Nach der Bestellung besteht die Offenbarungspflicht gemäß § 16.3 DIS-VerfO gegenüber den Parteien und der Geschäftsstelle. Gemäß Art. 7.3 ICC-VerfO besteht die Offenbarungspflicht nach der Bestellung gegenüber den Parteien und dem Sekretariat. Nach Art. 5.3 Satz 3 LCIA-VerfO besteht nach Bestellung eine Offenbarungspflicht gegenüber dem Schiedsgerichtshof, Mitschiedsrichtern und Parteien.

Eine gesetzliche Offenbarungspflicht den Mitschiedsrichtern gegenüber besteht nicht.<sup>292</sup> Dies ist folgerichtig, denn die Offenbarungspflicht dient dazu, die Parteien über die offenbarten Tatsachen befinden zu lassen und nicht die Mitschiedsrichter, auch nicht zusätzlich. Das Schiedsgericht wird erst in einem von einer Partei angestregten Ablehnungsverfahren mit Ablehnungsgründen befaßt. Da die Einleitung eines Ablehnungsverfahrens allein zur Disposition der Parteien und nicht der Schiedsrichter steht, gibt es kein Bedürfnis dafür, auch gegenüber den Mitschiedsrichtern eine Offenbarungspflicht anzunehmen, der kein korrespondierendes Ablehnungsrecht zur Seite steht. Es wäre noch denkbar, dem als Vorsitzenden in Aussicht genommenen Schiedsrichter eine Offenbarungspflicht gegenüber den anfragenden, von den Parteien bestellten Schiedsrichtern aufzulegen, wenn sie diesen als den dritten Schiedsrichter bestellen. Da die von den Parteien bestellten Schiedsrichter bei der Bestellung des Vorsitzenden aber in Stellvertretung der Parteien handeln,<sup>293</sup> ist ihre Anfrage bei dem Vorsitzendenkandidaten rechtlich eine Anfrage der Parteien. Deshalb besteht auch in diesem Fall keine Offenbarungspflicht gegenüber den Mitschiedsrichtern, sondern direkt gegenüber beiden Parteien. Die Nützlichkeit der Offenbarung auch den Mitschiedsrichtern gegenüber rechtfertigt allenfalls der Gedanke, daß aufgrund einer offenbarten Tatsache ein Mitschiedsrichter gegebenenfalls sein Schiedsrichteramt kündigen könnte, obwohl die Parteien übereinstimmend trotz dieser Tatsache an dem Schiedsrichter festhalten.<sup>294</sup> Nur in diesem sehr konstruierten Fall entspräche die Mitteilung an die Mitschiedsrichter dem Zweck der zügigen Konstituierung. Auch wenn Verfahrensordnungen der administrierten Schiedsgerichtsbarkeit die Offenbarungspflicht gegenüber Mitschiedsrichtern zum Teil vorsehen,<sup>295</sup> ist der Fall jedenfalls nicht geeignet, den Adressatenkreis der Offenbarungspflicht systemwidrig zu erweitern.

214

## 5. Fristbindung und Ende der Offenbarungspflicht sowie Form der Offenbarung

Die gesetzliche Regelung präzisiert den Zeitpunkt der Erfüllung der Offenbarungspflicht nur für den Fall, daß der Schiedsrichter bereits bestellt ist: Der Schiedsrichter hat dann gemäß

215

<sup>292</sup> *Münch*, in: Münchener Kommentar, ZPO, 2. Aufl., § 1036 Rdnr. 11, empfiehlt, ohne eine Begründung dafür anzugeben, eine Bekanntgabe einer Offenbarung an die Mitschiedsrichter. Vgl. zum österreichischen Recht auch *Fasching*, Die „Selbstablehnung“ des Schiedsrichters wegen Befangenheit, in: FS Frotz, S. 769, 777, der meint, daß eine Offenbarungspflicht bestehe.

<sup>293</sup> Vgl. Rdnrn. 43 f.

<sup>294</sup> Ob allerdings unter dieser Voraussetzung ein zur Kündigung berechtigender wichtiger Grund vorliegt, ist zweifelhaft. Zum Erfordernis eines wichtigen Kündigungsgrundes vgl. *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnrn. 1968 ff.

<sup>295</sup> So nach Art. 5.3 Satz 3 LCIA-VerfO.

§ 1036 Abs. 1 Satz 2 ZPO die Umstände unverzüglich<sup>296</sup> offenzulegen. Nur für diesen Fall besteht eine gesetzliche Fristbindung, die den Kontrollzweck der Offenbarungspflicht unterstreicht. Kraft Gesetzes kann also keine besondere Fristbindung für den Schiedsrichter kandidaten vor seiner Bestellung konstruiert werden. Eine gewisse Nachforschungszeit wird der Schiedsrichter auch bei zügiger kanzleiinterner Kollisionskontrolle benötigen. Zügiges Handeln des Schiedsrichter kandidaten ist aber erforderlich, da eine etwaige Offenbarung geeignet sein muß, ihren Zweck zu erfüllen, der Partei die relevanten Informationen vor einer Bestellung zu liefern. Der Schiedsrichter kandidat muß deshalb relevante Umstände, soweit er darauf Einfluß hat, vor seiner Bestellung, jedenfalls zwingend vor seiner Ernennung offenlegen. Andernfalls würde die gesetzliche Offenbarungspflicht vor der Bestellung leerlaufen.

- 216 Das teilweise Fehlen einer Frist für die Offenbarung wirkt sich in der administrierten Schiedsgerichtsbarkeit nicht aus, da die Verfahrensordnungen detaillierte Regelungen vorsehen: Zum Beispiel fordert gemäß Art. 7.2 ICC-VerfO der Sekretär die Schiedsrichter vor der Bestellung zu einer schriftlichen Erklärung auf, relevante Umstände zu offenbaren.<sup>297</sup> Vor Eingang der Erklärung wird ein Schiedsrichter nicht bestellt. Nach § 16.1 DIS-VerfO ist ein benannter Schiedsrichter zur unverzüglichen Offenbarung gegenüber der Geschäftsstelle verpflichtet und bleibt dies gemäß § 16.3 DIS-VerfO auch während des Verfahrens.
- 217 Die Offenbarungspflicht als Dauerpflicht endet nach § 1036 Abs. 1 Satz 2 ZPO mit dem Ende des schiedsrichterlichen Verfahrens. Dies ist nach § 1056 Abs. 1 ZPO zu beurteilen und fällt nicht mit der Beendigung des Schiedsrichteramts oder der Beendigung des Amts des Schiedsgerichts zusammen.<sup>298</sup> Beides ist konsequent: Ist das schiedsrichterliche Verfahren (zunächst) durch Schiedsspruch oder verfahrensbeendenden Beschluß gemäß § 1056 Abs. 1 beendet, besteht für eine gesetzliche Offenbarungspflicht kein Bedürfnis mehr, obwohl das Amt des Schiedsgerichts und damit das Schiedsrichteramt im Regelfall noch fortbesteht. Wenn einer der Vorbehalte des § 1056 Abs. 3 ZPO zu weiteren Verfahrenshandlungen des Schiedsgerichts führt, so wird das beendete schiedsrichterliche Verfahren fortgesetzt, denn sämtliche der vorbehaltenen Verfahrenshandlungen beruhen auf derselben Schiedsvereinbarung und betreffen denselben Verfahrensgegenstand. Die Fortsetzung hat die Konsequenz, daß die gesetzliche Offenbarungspflicht bis zur neuerlichen Beendigung des schiedsrichterlichen Verfahrens besteht. Es ist darüber hinaus ebenfalls richtig, daß das Ende der gesetzlichen Offenbarungspflicht nicht an die Beendigung des Schiedsrichteramts anknüpft: Beenden beispielsweise die

<sup>296</sup> Hier wird man sich am materiellrechtlichen Begriff der Unverzüglich gemäß § 121 Abs. 1 Satz 1 BGB orientieren können, d.h. Handeln ohne schuldhaftes Zögern.

<sup>297</sup> Die Erklärung ist abgedruckt bei *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnr. 1501.

<sup>298</sup> Ausführlich zu beiden Beendigungen Rdnrn. 62 ff. und Rdnrn. 74 ff.

Parteien das Amt eines Schiedsrichters in einem Dreierschiedsgericht durch Vereinbarung, vgl. § 1039 Abs. 1 Satz 1 ZPO, so haben die Parteien ein fortbestehendes berechtigtes Interesse an der Erfüllung der Offenbarungspflicht durch den ausgeschiedenen Schiedsrichter. Denn stellt sich nach Beendigung des Schiedsrichteramts heraus, daß in der Person tatsächlich Gründe vorlagen, die Zweifel an dessen Unparteilichkeit und Unabhängigkeit wecken können, so werden die Parteien eventuell die Bestellung eines Ersatzschiedsrichters vorziehen, auch wenn dann erhebliche Verfahrensschritte zu wiederholen sind. Das Ende des schiedsrichterlichen Verfahrens ist also der richtige Zeitpunkt für das Ende der Offenbarungspflicht.

Eine bestimmte Form für die Offenbarung ist gesetzlich nicht vorgesehen. In der Regel empfiehlt sich aber Schriftform, insbesondere um Klarheit über das Offenbarte zu schaffen; sie ist Standard.<sup>299</sup> Der Zeitpunkt der Offenbarung, auf den es unter Präklusionsgesichtspunkten im Hinblick auf ein Ablehnungsverfahren vor allem ankommen kann,<sup>300</sup> ist so ohne größere Schwierigkeiten bestimmbar.

218

## 6. Rechtsfolgen bei Verstoß

Ein Verstoß gegen die Offenbarungspflicht wirkt sich auf zwei Ebenen aus: Zum einen indiziert ein Verstoß einen Befangenheitsvorwurf im Hinblick auf die nicht offenbarte Tatsache. Zum anderen – und das ist aus Sicht des Schiedsrichters von entscheidender Relevanz – droht wegen der Pflichtverletzung eine haftungsrechtliche Inanspruchnahme.

219

Die Indizwirkung ist im Ablehnungsverfahren verfahrensrechtlich entscheidend. Denn auch in diesem Verfahren ist ein Nachweis tatsächlicher Befangenheit nicht erforderlich und beweistechnisch kaum möglich. Es reichen nach § 1036 Abs. 2 Satz 1 ZPO insoweit schon berechnete Zweifel. Die ablehnende Partei wird gut argumentieren können, daß allein der Umstand der unterlassenen Offenbarung zu berechtigten Zweifeln führt.<sup>301</sup>

220

<sup>299</sup> *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnr. 617; *Münch*, in: Münchener Kommentar, ZPO, 2. Aufl., § 1036 Rdnr. 11.

<sup>300</sup> Vgl. Rdnr. 333.

<sup>301</sup> *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnr. 618; *Münch*, in: Münchener Kommentar, ZPO, 2. Aufl., § 1036 Rdnr. 12; *Raeschke-Kessler/Berger*, Recht und Praxis des Schiedsverfahrens, 3. Aufl., Rdnr. 480; *Reiner/Jahnel*, in: Schütze, Institutionelle Schiedsgerichtsbarkeit, 2006, Art 7 ICC-VerfO Rdnr. 18. Deutlich auch: *OLG Karlsruhe*, Beschl. v. 14.07.2006 – 10 Sch 1/06, DIS-Datenbank, unter II. 2. der Gründe am Ende: „Entscheidend ist hier, daß der abgelehnte Schiedsrichter seine Beziehungen zur E. AG nicht offenlegt hat und deshalb aus der maßgebenden Sicht der Antragstellerin objektiv Anlaß zu berechtigten Zweifeln besteht, ob er innerlich frei und unbefangen und unabhängig von wirtschaftlichen Erwägungen sein Richteramt ausüben wird. Unerheblich ist demgegenüber, ob der abgelehnte Schiedsrichter tatsächlich befangen ist und aus welchen - subjektiven - Gründen er unter Umständen davon ausging, zur Offenlegung seiner geschäftlichen Beziehungen zur Antragsgegnerin nicht verpflichtet zu sein.“ Ebenfalls mit Hinweis auf das Argument, wenngleich dessen Durchdringen wegen deutlich für Vorwurf der Befangenheit sprechender Reakti-

221 Steht ein prozessualer Verstoß gegen die Offenbarungspflicht nach erfolgreich auf diesen Grund gestützter Ablehnung fest, droht dem Schiedsrichter eine haftungsrechtliche Inanspruchnahme wegen der Pflichtverletzung. Unabhängig von der umstrittenen Frage, ob sich der Schiedsrichter auf das für staatliche Richter bestehende Spruchrichterprivileg berufen kann,<sup>302</sup> ist eine Haftung dem Grunde nach jedenfalls für einen etwaigen Verzögerungsschaden hier gegeben, denn das Spruchrichterprivileg gilt jedenfalls für die Offenbarungspflicht nicht, da diese nicht zur Entscheidungsfindung gehört.<sup>303</sup>

## II. Unabdingbares Ablehnungsrecht

222 Die verfahrensrechtliche Absicherung der Bestellungskriterien erfolgt neben der präventiven Sicherung durch die schiedsrichterliche Offenbarungspflicht durch den nicht abdingbaren gerichtlichen Rechtsbehelf der Schiedsrichterablehnung.<sup>304</sup> Inwieweit auch noch die Rechtsbehelfsverfahren nach dem Schiedsspruch die Sicherung gewährleisten, wird bei den einzelnen Rechtsbehelfen erörtert. Im folgenden sind zunächst die Rechtsbehelfe während des schiedsrichterlichen Verfahrens zu untersuchen.

---

on des abgelehnten Schiedsrichters auf das Ablehnungsgesuch im Ergebnis offen lassend: *OLG Bremen*, Beschl. v. 24.05.2006 – 2 Sch 02/06, DIS-Datenbank, unter II. der Gründe.

<sup>302</sup> Vgl. zum Meinungsstand ausführlich *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnrn. 1921 ff. Ausführlich zum österreichischen Haftungsrecht einschließlich Vergleich mit dem deutschen Spruchrichterprivileg *OGH*, Urt. v. 06.06.2005 – 9 Ob 126/04a (Wien), OGH-Datenbank.

<sup>303</sup> *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnr. 618; *Münch*, in: Münchener Kommentar, ZPO, 2. Aufl., § 1036 Rdnr. 11; *Voit*, in: Musielak, ZPO, 5. Aufl., § 1036 Rdnr. 3. Vgl. auch die unter Anwendung deutschen Rechts ergangene Entscheidung des *OGH*, Beschl. v. 28.04.1998 – 1 Ob 253/97f (Wien), OGH-Datenbank.

<sup>304</sup> Zum Ablehnungsverfahren Rdnrn. 320 ff.



## Kapitel 5 Konstruktive konstituierungsbezogene Rechtsbehelfe

Bei Komplikationen während der Konstituierung und/oder Lücken der Parteivereinbarung können vorrangige parteivereinbarte Rechtsbehelfe vorgesehen sein (Abschnitt A). Fehlen Parteivereinbarungen oder scheitert das vereinbarte Verfahren, besteht die Möglichkeit der Inanspruchnahme staatlicher Hilfe im Ersatzbestellungsverfahren. Bis zur erstmaligen Konstituierung erfolgt die Ersatzbestellung nach § 1035 Abs. 3 oder Abs. 4 ZPO (Abschnitt B). Fällt ein Schiedsrichter im Verlaufe des Verfahrens weg, wird in aller Regel ein Ersatzschiedsrichter nachzubestellen sein. Dessen Bestellung erfolgt nach § 1039 Abs. 1 ZPO im Nachbestellungsverfahren grundsätzlich nach den Regeln, die bereits auf die Bestellung des zu ersetzenden Schiedsrichters anzuwenden waren (Abschnitt C). Treten dabei Komplikationen und/oder Lücken auf, kann das Gericht gemäß § 1039 Abs. 1 ZPO i.V.m. § 1035 Abs. 3 oder Abs. 4 ZPO um Unterstützung im Ersatz-Nachbestellungsverfahren angerufen werden (Abschnitt D). Im einzelnen:

223

### A Parteivereinbarte Ersatzbestellungsverfahren

Originäre Parteivereinbarungen über Ersatzbestellungsverfahren sind in der Praxis selten. Sie kommen aber als subsidiäre Regelungen vor, die einem Dritten die Bestellungsbefugnis übertragen, sofern eine Partei diesen anruft. Vor allem durch einschränkungslose Bezugnahme auf die Verfahrensordnungen der administrierten Schiedsgerichtsbarkeit vereinbaren Parteien jedoch häufig deren konstituierungsbezogenes Verfahren. Auch in diesen Fällen liegt eine Parteivereinbarung vor. Kommt es in diesen parteivereinbarten Verfahren zu Lücken und/oder Komplikationen, leistet die Schiedsgerichtsinstitution Hilfestellung bei der Ersatzbestellung. Für die administrierte Schiedsgerichtsbarkeit läßt sich verallgemeinern, daß die Schiedsgerichtsinstitution die Ersatzbenennung mit anschließender Bestellung dann vornimmt, wenn eine Benennung durch die Partei nicht erfolgt: Eine Partei kann nach § 12.1 Satz 2 DIS-VerfO die Ersatzbenennung eines beisitzenden Schiedsrichters, nach § 12.2 Satz 3 DIS-VerfO des Vorsitzenden und nach § 14 DIS-VerfO eines Einzelschiedsrichters jeweils durch den DIS-Ernennungsausschuß beantragen, wenn die jeweilige Benennung nicht rechtzeitig erfolgt. Ist in ICC-Verfahren ein Einzelschiedsrichter vorgesehen und einigen sich die Parteien nicht innerhalb der vorgesehenen Frist, wird der Schiedsrichter vom Gerichtshof benannt und bestellt, vgl. Art. 8.3 Satz 2 ICC-VerfO. Gleiches gilt bei vereinbartem Dreier-Schiedsgericht für die beisitzenden Schiedsrichter und eventuell den Vorsitzenden, vgl. Art. 8.4 ICC-VerfO. Auch in LCIA-Verfahren übernimmt der Gerichtshof die Benennung und Bestellung, wenn die Parteien nicht entsprechend ihren Vereinbarungen verfahren, vgl. Art. 7.2 LCIA-VerfO. Im Unterschied zur DIS-VerfO, die für die Ersatzbestellung ausdrücklich einen Antrag beim

224

DIS-Ernennungsausschuß vorsieht, können die internationalen Schiedsgerichtsinstitutionen sogar jeweils von sich aus tätig werden. Sollte es in diesen parteivereinbarten Ersatzbestellungsverfahren zu Komplikationen kommen – solche Fälle sind allerdings, soweit ersichtlich, weder berichtet noch wahrscheinlich –, steht das (gerichtliche) Ersatzbestellungsverfahren gemäß § 1035 Abs. 4 ZPO bereit.

## **B Ersatzbestellungsverfahren nach § 1035 Abs. 3 oder Abs. 4 ZPO**

Ersatzbestellungsverfahren nach § 1035 Abs. 3 oder Abs. 4 ZPO stehen für verschiedene Fälle zur Verfügung, denen gemeinsam ist, daß sie staatliche Hilfe bei der erstmaligen Bildung des Schiedsgerichts betreffen. Sie lassen sich verfahrensrechtlich zusammenfassen. Das Gesetz hat folgende Systematik: § 1035 Abs. 3 ZPO ist dann einschlägig, wenn keine Parteivereinbarung über die Bestellung getroffen worden ist. § 1035 Abs. 4 ZPO betrifft die Fälle, in denen das parteivereinbarte Verfahren nicht zur Bestellung führt. Im einzelnen: 225

### **I. Verfahrensfragen**

#### **1. Statthaftigkeit**

Sämtliche Ermächtigungen zur Vornahme konstituierungsbezogener Maßnahmen durch das Gericht gemäß § 1035 Abs. 3 oder Abs. 4 ZPO stehen nach § 1035 Abs. 1 ZPO unter dem Vorbehalt abweichender Parteivereinbarung. § 1035 Abs. 3 ZPO verleiht dem Gericht ausdrücklich die Bestellungsbefugnis. In den Fällen des § 1035 Abs. 4 ZPO wird es zur Vornahme der erforderlichen Maßnahmen ermächtigt. Das Gericht ist nach § 1035 Abs. 3 ZPO bestellungsbefugt, 226

- wenn sich die Parteien über die Bestellung eines Einzelschiedsrichters nicht einigen können, § 1035 Abs. 3 Satz 1 ZPO; oder
- wenn eine Partei einen beisitzenden Schiedsrichter nicht innerhalb eines Monats nach Empfang einer entsprechenden Aufforderung durch die andere Partei bestellt, § 1035 Abs. 3 Satz 3 Alt. 1 ZPO; oder
- wenn sich die beiden beisitzenden Schiedsrichter nicht binnen eines Monats nach ihrer Bestellung über den dritten Schiedsrichter einigen, § 1035 Abs. 3 Satz 3 Alt. 2 ZPO.

Das Gericht ist zur Vornahme der erforderlichen Maßnahmen nach § 1035 Abs. 4 ZPO ermächtigt, wenn die Parteien ein Verfahren für die Bestellung vereinbart haben und sofern das vereinbarte Bestellungsverfahren zur Sicherung der Bestellung nichts anderes vorsieht,

- wenn eine Partei nicht entsprechend diesem Verfahren handelt, § 1035 Abs. 4 Alt. 1 ZPO; oder
- wenn die Parteien eine Einigung entsprechend diesem Verfahren nicht erzielen, § 1035 Abs. 4 Alt. 2 ZPO; oder
- wenn die Schiedsrichter eine Einigung entsprechend diesem Verfahren nicht erzielen, § 1035 Abs. 4 Alt. 3 ZPO; oder

- wenn ein Dritter eine ihm nach dem Verfahren übertragene Aufgabe nicht erfüllt, § 1035 Abs. 4 Alt. 4 ZPO.

Damit ist das Ersatzbestellungsverfahren in allen denkbaren Konstellationen statthaft, in denen eine Bestellung nach dem gesetzlich oder von den Parteien vorgesehenen Verfahren scheitert.

227 Hier stellt sich die wenig praxisrelevante Frage, ob die Parteien eine primäre Bestellung der Schiedsrichter durch das staatliche Gericht in dem Ersatzbestellungsverfahren vereinbaren können.<sup>305</sup> Eine solche Vereinbarung ist unwirksam. Schon die Systematik der Verteilung der Bestellungsbefugnis des 10. Buchs der ZPO deutet darauf hin, daß der staatlichen Gerichtsbarkeit lediglich eine ersatzweise und keine primäre Bestellungsbefugnis zukommt. Demzufolge fehlt eine ausdrückliche sachliche Zuständigkeit<sup>306</sup> der staatlichen Gerichte für die primäre Bestellung. Dies ist auch folgerichtig, weil die Parteien eines schiedsrichterlichen Verfahrens die staatliche Gerichtsbarkeit durch die Schiedsvereinbarung gerade ausschließen und nur dieser Ausschluß als Kehrseite staatlich gewährter Förderung des schiedsrichterlichen Verfahrens zum von der Schiedsgerichtsbarkeit erwünschten Entlastungseffekt für die staatliche Justiz führt. In der Praxis wird allein schon aus Kostenerwägungen keine Partei freiwillig das Ersatzbestellungsverfahren vereinbaren und betreiben.<sup>307</sup> Sollte die beschriebene Regelung dennoch auftauchen und das nach der Schiedsvereinbarung zuständige Oberlandesgericht angerufen werden, bestehen zwei Lösungsmöglichkeiten: Es könnte die gesetzliche Regelung des Bestellungsverfahrens nach § 1035 Abs. 3 ZPO eingreifen, da eine zulässige abweichende Parteivereinbarung fehlt. Nach einer Auslegung der Parteivereinbarung näher liegt jedoch die Lösung entsprechend den Grundsätzen der Schiedsrichterbestellung durch eine Institution/Behörde: Zur Bestellung ist der jeweilige gesetzliche Vertreter persönlich

<sup>305</sup> Eine dahingehende Formulierung würde lauten: „Das Schiedsgericht besteht aus drei Schiedsrichtern, die alle durch das für das schiedsrichterliche Verfahren zuständige staatliche Gericht bestellt werden.“ Teilweise bereitet die Auslegung von Parteivereinbarungen Schwierigkeiten, wenn Gerichte oder Gerichtspersonen subsidiär berufen werden: Das *OLG Naumburg*, Beschl. v. 08.07.2003 – 10 SchH 03/03, DIS-Datenbank, legte eine leider nicht mitgeteilte, aber offenbar nach altem Recht geschlossene Parteivereinbarung dahin aus, daß das Ersatzbestellungsverfahren jedenfalls statthaft sei, obwohl ein Landgerichtspräsident berufen gewesen sein muß, über dessen Weigerung nichts mitgeteilt ist. Die Entscheidung ist im Ergebnis in jedem Fall richtig, da die Parteien ausdrücklich dem Verfahren und dem Kandidaten zustimmten. Nach den knappen Gründen ist nicht auszuschließen, daß nach der Parteivereinbarung der Landgerichtspräsident ursprünglich persönlich bestellungsbefugt war. Jedenfalls galt dies für den Oberlandesgerichtspräsidenten in der Parteivereinbarung der Entscheidung *OLG Naumburg*, Beschl. v. 30.11.1998 – 10 Sch 02/98, DIS-Datenbank. Ähnlich in dem der Entscheidung *OLG Dresden*, Beschl. v. 07.02.2005 – 11 SchH 01/05, DIS-Datenbank, zugrunde liegenden Fall, in dem allerdings nicht mitgeteilt ist, was die Parteivertreter nachträglich genau vereinbart haben.

<sup>306</sup> Diese ließe sich womöglich noch durch die analoge Anwendung des § 1035 Abs. 3 Satz 3 ZPO konstruieren – die Parteien könnten schließlich jedes Bestellungsverfahren bewußt scheitern lassen, um die Ersatzzuständigkeit zu begründen. Eine solche Vorgehensweise bleibt allerdings problematisch hinsichtlich des Rechtsschutzbedürfnisses.

<sup>307</sup> Vgl. zu den Kosten der Ersatzbestellung Rdrrn. 264 ff.

berufen, in diesem Fall also der Präsident des Oberlandesgerichts.<sup>308</sup> Die zweite Lösung überzeugt deshalb mehr, weil der unwirksamen Parteivereinbarung der Wille der Parteien zugrunde liegt, die Bestellungen durch einen Dritten vornehmen zu lassen. Im Regelfall des Dreier-Schiedsgerichts würde die zweite Lösung dem nicht nur hinsichtlich der Bestellung des Vorsitzenden, sondern auch hinsichtlich der beiden beisitzenden Schiedsrichter entsprechen, die gemäß § 1035 Abs. 3 Satz 2 ZPO sonst von den Parteien zu bestellen wären. Im Gegensatz zum gesetzlichen Bestellungsverfahren würden außerdem alle Schiedsrichter durch ein und denselben Dritten bestellt werden, was die Parteivereinbarung in einem weiteren Punkt verwirklicht.

## 2. Zuständiges Gericht

Die deutsche Gerichtsbarkeit ist für das Ersatzbestellungsverfahren gemäß § 1025 Abs. 1 ZPO i.V.m. der jeweiligen Ermächtigungsnorm des § 1035 Abs. 3 oder Abs. 4 ZPO dann zuständig, wenn der Ort des schiedsrichterlichen Verfahrens im Sinne des § 1043 Abs. 1 ZPO in Deutschland liegt. Dann findet das gesamte 10. Buch der ZPO Anwendung, dem kollisionsrechtlich also das Territorialitätsprinzip zugrunde liegt. Der kollisionsrechtlich entscheidende Verfahrensort kann gemäß § 1043 Abs. 1 Satz 1 ZPO von den Parteien bestimmt werden; fehlt eine Vereinbarung, bestimmt ihn das Schiedsgericht nach Satz 2 der Vorschrift.<sup>309</sup> Deshalb ist für das Ersatzbestellungsverfahren die deutsche Gerichtsbarkeit gemäß § 1025 Abs. 1 ZPO i.V.m. § 1043 Abs. 1 Satz 1 ZPO dann zuständig, wenn der Ort des schiedsrichterlichen Verfahrens bereits durch eine Parteivereinbarung vor Einleitung des Ersatzbestellungsverfahrens bestimmt ist und in Deutschland liegt.<sup>310</sup> Eine Zuständigkeitsbegründung der deutschen Gerichtsbarkeit für das Ersatzbestellungsverfahren nach § 1035 Abs. 3 oder Abs. 4 ZPO gemäß § 1025 Abs. 1 ZPO i.V.m. § 1043 Abs. 1 Satz 2 ZPO scheidet aus, da das Schiedsgericht erst nach Durchführung des Ersatzbestellungsverfahrens gebildet werden und den Ort mithin noch nicht bestimmt haben kann.

228

<sup>308</sup> Geimer, in: Zöller, ZPO, 26. Aufl., § 1035 Rdnr. 7; Lachmann, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnr. 527; Voit, in: Musielak, ZPO, 5. Aufl., § 1035 Rdnr. 3.

<sup>309</sup> Ausführlich zum Verfahrensort Lachmann, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnrn. 742 ff.

<sup>310</sup> Interessant hierzu OLG Brandenburg, Beschl. v. 26.06.2000 – 8 SchH 1/00 (1), DIS-Datenbank, unter II. 3. b) der Gründe: Es war fraglich, ob bei Nichteinigung auf den Vorsitzenden ein italienischer Gerichtspräsident durch die Parteivereinbarung zur Bestellung berufen war, was das Gericht im Ergebnis verneinte. Die internationale Zuständigkeit für das Ersatzbestellungsverfahren folgte aus der Auslegung der Schiedsvereinbarung, die zu einem deutschen Verfahrensort führte. Liegt der Ort nicht Deutschland, muß die Zuständigkeit für das Ersatzbestellungsverfahren nach dem jeweils anwendbaren Kollisionsrecht bestimmt werden. Die ZPO ist auf das Ersatzbestellungsverfahren dann nicht ohne weiteres anwendbar, vgl. aber § 1025 Abs. 3 ZPO, dazu sogleich.

229 Darüber hinaus ist die deutsche Gerichtsbarkeit für das Ersatzbestellungsverfahren nach § 1035 Abs. 3 oder Abs. 4 ZPO gemäß § 1025 Abs. 3 ZPO zuständig, wenn der Ort des schiedsrichterlichen Verfahrens zwar noch nicht bestimmt ist, aber der Beklagte oder der Kläger seinen Sitz oder gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hat.<sup>311</sup> Problematisch ist der Fall dieser internationalen Zuständigkeitsbegründung, wenn zwar die genannten Voraussetzungen vorliegen, aber die Parteivereinbarung erkennen läßt oder eindeutig regelt, daß der konkret noch unbestimmte Ort des schiedsrichterlichen Verfahrens jedenfalls nicht in Deutschland liegen soll. Fraglich ist die internationale Zuständigkeit wegen eines Vergleichs von § 1025 Abs. 3 ZPO mit § 1025 Abs. 2 ZPO, aus dem im Umkehrschluß gefolgert werden kann, daß nur die §§ 1032, 1033 und 1050 ZPO auch dann anwendbar sind, wenn der Ort des schiedsrichterlichen Verfahrens im Ausland liegt. Die Frage geht dahin, wie weit das Territorialitätsprinzip reicht: Das *Bayerische Oberste Landesgericht*<sup>312</sup> sah § 1025 Abs. 3 ZPO als eigenständige Zuständigkeitsermächtigung und Ausnahme vom Territorialitätsprinzip an, die gänzlich unabhängig vom künftigen Ort des schiedsrichterlichen Verfahrens bestehe. Nach Sinn und Zweck sei auch eine einschränkende Auslegung nicht angezeigt, da die deutschen Gerichte in der frühen Phase eines schiedsrichterlichen Verfahrens bei der Konstituierung behilflich sein sollen, solange der konkrete Verfahrensort noch nicht feststeht. Ab diesem Zeitpunkt könne Rechtsschutz regelmäßig vor dem dann zuständigen ausländischen Gericht gesucht werden. Gegen diese Auslegung spricht, daß die Parteien gerade an das Territorialitätsprinzip anknüpften und mit dem Ausschluß eines deutschen Verfahrensortes dem deutschen Schiedsgerichtsverfahrensrecht die Geltung entzogen wird.<sup>313</sup> Die internationale Zuständigkeit eines deutschen Gerichts kann gestützt auf § 1025 Abs. 3 ZPO in diesen Fällen allerdings dann begründet werden, wenn nach dem ausländischen Recht die deutsche Gerichtsbarkeit zuständig wäre.

230 Instanziell sind ausschließlich die Oberlandesgerichte für das Ersatzbestellungsverfahren zuständig, vgl. § 1062 Abs. 1 Nr. 1 ZPO. Für gerichtliche Entscheidungen im Bereich des schiedsrichterlichen Verfahrens sind mit Ausnahme der Unterstützung bei der Beweisaufnahme oder der Vornahme sonstiger richterlicher Handlungen gemäß § 1050 ZPO i.V.m. § 1062 Abs. 4 ZPO auch sonst ausschließlich die Oberlandesgerichte zuständig, § 1062 ZPO. Instan-

<sup>311</sup> Vgl. zu einem solchen Fall (ohne Auslandsbezug) *OLG Brandenburg*, Beschl. v. 24.05.2005 – 11 SchH 1/05, DIS-Datenbank, unter II. 1. der Gründe (der in der Entscheidung mehrfach genannte § 1034 Abs. 2 ZPO möge ein Schreibfehler sein, da es stets um ein Ersatzbestellungsverfahren nach § 1035 ZPO, nicht um ein Ersetzungsverfahren nach § 1034 ZPO geht).

<sup>312</sup> Das *BayObLG*, Beschl. v. 05.10.2004 – 4 Z SchH 09/04, DIS-Datenbank, bemerkt unter II. 1. der Gründe, die Gesetzessystematik spreche nicht dagegen, erwähnt das in § 1025 Abs. 2 ZPO begründete konkrete systematische Argument jedoch nicht.

<sup>313</sup> So *Wagner*, Anmerkung zu *BayObLG*, Beschl. v. 05.10.2004 – 4 Z SchH 09/04, SchiedsVZ 2004, 317, 318 f.

ziell bestehen für Rechtsbehelfe im schiedsrichterlichen Verfahren damit auch bei etwaigen Klagehäufungen keine Probleme.

Die örtliche Zuständigkeit für das Ersatzbestellungsverfahren nach § 1035 ZPO folgt der abgestuften Zuständigkeitsbegründung der deutschen Gerichtsbarkeit: Örtlich zuständig ist primär das in der Parteivereinbarung<sup>314</sup> bezeichnete Oberlandesgericht, § 1062 Abs. 1 Alt. 1 ZPO i.V.m. Nr. 1 Alt. 1 der Vorschrift. Fehlt eine Bezeichnung, ist das Oberlandesgericht örtlich zuständig, in dem der Ort des schiedsrichterlichen Verfahrens liegt, § 1062 Abs. 1 Alt. 2 ZPO i.V.m. Nr. 1 Alt. 1 der Vorschrift. Daß der Ort dabei in Deutschland liegen muß, folgt bereits aus § 1025 Abs. 1 ZPO, denn nur bei deutschem Verfahrensort ist § 1062 Abs. 1 ZPO überhaupt anwendbar. Ist der Ort noch nicht bestimmt, ist das Oberlandesgericht örtlich zuständig, in dessen Bezirk der Kläger oder Beklagte seinen Sitz oder gewöhnlichen Aufenthalt hat, § 1062 Abs. 3 ZPO. Zwischen eventuell mehreren Oberlandesgerichten hat die Antragstellerseite im Ersatzbestellungsverfahren ein Wahlrecht.<sup>315</sup> Da die örtliche Zuständigkeit gemäß § 1062 ZPO keine ausschließliche Zuständigkeit begründet, kann ein Oberlandesgericht zudem auch aufgrund rügeloser Einlassung gemäß § 39 Abs. 1 ZPO zuständig werden.<sup>316</sup>

231

### 3. Antrag

Die Einleitung des Ersatzbestellungsverfahrens setzt stets einen entsprechenden Antrag durch eine Partei des schiedsrichterlichen Verfahrens voraus. Schiedsrichter sind nie antragsbefugt. Diese Beschränkung steht in Übereinstimmung mit dem Wortlaut des § 1035 Abs. 3 und Abs. 4 ZPO und dem Sinn und Zweck des Ersatzbestellungsverfahrens, denn die Verfahrensherrschaft liegt allein bei den Parteien.<sup>317</sup>

232

Welche Partei antragsbefugt ist, richtet sich nach dem jeweiligen konkreten Ersatzbestellungsverfahren. Das Gesetz ist diesbezüglich unpräzise: In § 1035 Abs. 3 Satz 1 ZPO heißt es

233

<sup>314</sup> Im Gesetz heißt es auch in § 1062 Abs. 1 Alt. 1 ZPO zu eng „Schiedsvereinbarung“ (vgl. zu § 1034 Abs. 2 ZPO bereits Rdnrn. 133 ff.): Angenommen, die Parteien hätten den Ort bereits in der Schiedsvereinbarung geregelt, könnten sie ihn nach dem Grundsatz der Verfahrensherrschaft der Parteien jederzeit ändern, indem sie die Schiedsvereinbarung insoweit ändern. Dies zeigt, daß die Zuständigkeitsbegründung nach § 1062 Abs. 1 Alt. 1 ZPO zur Disposition der Parteien steht. Dann spricht aber auch nichts dagegen, die Bestimmung des zuständigen Oberlandesgerichts den Parteien in gesonderter – von der Schiedsvereinbarung verschiedener – Parteivereinbarung zu überlassen. Ausdrücklich für die Zulassung einer späteren Entscheidung durch die Parteien auch Reichold, in: Thomas/Putzo, ZPO, 27. Aufl., § 1062 Rdnr. 2.

<sup>315</sup> Münch, in: Münchener Kommentar, ZPO, 2. Aufl., § 1062 Rdnr. 11; Reichold, in: Thomas/Putzo, ZPO, 27. Aufl., § 1063 Rdnr. 5; OLG Dresden, Beschl. v. 26.10.2004 – 11 SchH 03/04, DIS-Datenbank.

<sup>316</sup> Vgl. dazu OLG Stuttgart, Beschl. v. 16.07.2002 – 1 Sch 08/02, DIS-Datenbank, unter II. 1. der Gründe.

<sup>317</sup> Möglicherweise verzichten sie lieber auf die Durchführung des schiedsrichterlichen Verfahrens, wenn sich die beiden von den Parteien bestellten Schiedsrichter schon nicht auf den Vorsitzenden einigen können.

„auf Antrag einer Partei“ ohne zu bestimmen, welche Partei gemeint ist, oder ob doch beide. Gleiches gilt für § 1035 Abs. 3 Satz 3 ZPO, bei dem erschwerend hinzu kommt, daß zwei sehr unterschiedliche Ersatzbestellungsverfahren geregelt sind: Bestellung eines beisitzenden Schiedsrichters bei Nichtbestellung durch eine Partei und Bestellung des Vorsitzenden bei Nichteinigung der beisitzenden Schiedsrichter. § 1035 Abs. 4 ZPO differenziert schließlich zwischen den vier Alternativen gar nicht und formuliert schlicht „so kann jede Partei ... beantragen“. Daß dies nicht richtig sein kann, zeigt bereits § 1035 Abs. 4 Alt. 1 ZPO, wenn also eine Partei nicht entsprechend der Parteivereinbarung handelt. In diesem Fall kann diese Partei den Antrag nicht zulässig stellen, da sie die Handlung einfacher selbst vornehmen könnte. Deshalb wäre der Antrag dieser Partei jedenfalls wegen fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig.

- 234 Die Antragsbefugnis kann aufgrund folgender Verallgemeinerung leicht bestimmt werden: Hätte die vom Gericht vorzunehmende Bestellung oder Maßnahme durch eine einseitige Prozeßhandlung einer Partei erfolgen müssen, ist allein die andere Partei antragsbefugt.<sup>318</sup> Hätte sie durch eine zweiseitige Prozeßhandlung beider Parteien erfolgen müssen, sind beide Parteien antragsbefugt.<sup>319</sup> Hätte sie durch einen Dritten erfolgen müssen, sind nach Sinn und Zweck des Ersatzbestellungsverfahrens ebenfalls stets beide Parteien antragsbefugt.
- 235 Erörterungsbedürftig ist allein der dritte Fall, in dem ein Dritter eine ihm nach dem Verfahren übertragene Aufgabe nicht erfüllt, § 1035 Abs. 4 Alt. 4 ZPO: Die Antragsbefugnis der Partei, für die der Dritte tätig werden sollte, folgt aus deren Beschwer. Die Antragsbefugnis der Gegenseite belegt eine Kontrollüberlegung: Angenommen, die Parteivereinbarung sieht die Bestellung der beisitzenden Schiedsrichter durch jeweils der Partei nahestehende, aber personenverschiedene Dritte vor, beispielsweise den jeweiligen Aufsichtsratsvorsitzenden persönlich. Unterstellt man, die Gegenseite sei nicht antragsbefugt, hätte es eine Partei in der Hand, die Undurchführbarkeit des schiedsrichterlichen Verfahrens dadurch herbeizuführen, daß der ihr nahestehende Dritte die Bestellung unterläßt. Denn eine der anderen Alternativen des wegen Vorliegens einer Parteivereinbarung einzig in Betracht kommenden § 1035 Abs. 4 ZPO ist nicht einschlägig.<sup>320</sup> Daß es aber eine Partei allein in der Hand hat, die Undurchführbarkeit des schiedsrichterlichen Verfahrens herbeizuführen, widerspricht dem Sinn und Zweck einer Schiedsvereinbarung. Deshalb muß im Fall des § 1035 Abs. 4 Alt. 4 ZPO jede

<sup>318</sup> So in den Fällen des § 1035 Abs. 3 Satz 3 Alt. 1 ZPO und § 1035 Abs. 4 Alt. 1 ZPO.

<sup>319</sup> So in den Fällen des § 1035 Abs. 3 Satz 1 ZPO, § 1035 Abs. 3 Satz 3 Alt. 2 ZPO, § 1035 Abs. 4 Alt. 2 ZPO und § 1035 Abs. 4 Alt. 3 ZPO.

<sup>320</sup> Insbesondere ist auch nicht die § 1035 Abs. 4 Alt. 1 ZPO einschlägig, da es nicht die Partei selbst ist, die sich von der Parteivereinbarung abweichend verhält.



Partei antragsbefugt sein.<sup>321</sup>

Auf Antragsgegnerseite steht die Gegenseite des schiedsrichterlichen Verfahrens. Inhaltlich setzt der Antrag die Bezeichnung der begehrten gerichtlichen Entscheidung voraus. Wird Bestellung begehrt, reicht insoweit der Antrag, einen Schiedsrichter zu bestellen. Sieht die Parteivereinbarung Bestellungskriterien vor, sind diese hinreichend konkret im Antrag zu bezeichnen. Weitere Angaben braucht der Antrag nicht zu erhalten.<sup>322</sup> Wird eine andere konstituierungsrelevante Maßnahme begehrt, ist diese konkret zu bezeichnen. 236

Für den Antrag besteht gemäß § 1063 Abs. 4 ZPO i.V.m. § 78 Abs. 5 Alt. 3 ZPO kein Anwaltszwang, solange eine in das Ermessen des Gerichts gestellte mündliche Verhandlung<sup>323</sup> nicht angeordnet worden ist. Bis dahin können also Anträge und Erklärungen entweder zu Protokoll der Geschäftsstelle gestellt bzw. abgegeben, oder auch durch Schriftsätze bei Gericht eingereicht werden. 237

#### 4. Zeitliche Grenzen

Eine eigentliche Frist, nach deren Verstreichen der Antrag präkludiert oder ausgeschossen ist, besteht für das Ersatzbestellungsverfahren nicht. Der Antrag ist nach allgemeinen Grundsätzen nur zulässig, wenn für das Ersatzbestellungsverfahren ein Rechtsschutzbedürfnis besteht. Jedenfalls das Abwarten parteivereinbarter Fristen zur Bestellung oder für die sonstige Maßnahme ist deshalb Zulässigkeitsvoraussetzung. Dies folgt aus dem Grundsatz der verfahrensrechtlichen Verfahrensherrschaft der Parteien. 238

Haben die Parteien nichts vereinbart oder haben sie keine Fristen vorgesehen, gelten – soweit geregelt – die subsidiären gesetzlichen Fristen. Für die beiden Fälle des § 1035 Abs. 3 Satz 3 ZPO beträgt die Frist zur Vornahme der Bestellung einen Monat.<sup>324</sup> Die Frist beginnt bei Be- 239

<sup>321</sup> Auch nach dem Wortlaut des § 1035 Abs. 4 ZPO ist jede Partei antragsbefugt, so daß auch in diesem Fall die Zuständigkeit staatlicher Gerichte nicht entgegen § 1026 ZPO unzulässig erweitert wird.

<sup>322</sup> Soweit *Münch.*, in: Münchener Kommentar, ZPO, 2. Aufl., vor § 1035 Rdnr. 20, im Fall des Antrags auf Bestellung eines Einzelschiedsrichters von der Antragstellerseite verlangt, einen konkreten Schiedsrichter zu benennen, findet dies keine Stütze im Gesetz. Außerdem läßt diese Auffassung unberücksichtigt, daß bei Komplikationen im Bestellungsverfahren das Gericht kaum der einseitigen Benennung Folge leisten wird, weshalb dieses Antragerfordernis sinnlos ist, so *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnr. 564.

<sup>323</sup> Zu Verfahren und Erwägungen für eine mündliche Verhandlung Rdnrn. 243 ff.

<sup>324</sup> Von einer Verkürzung dieser Frist durch Parteivereinbarung rät die Praxis ab, da die Zeit häufig benötigt wird; ein Bedürfnis für eine Verkürzung oder auch Verlängerung besteht darüber hinaus nicht, da sich die Parteien stets vorzeitig einigen oder mit dem Antrag zuwarten können, vgl. *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnr. 562. Von einer Verkürzung ist auch deshalb abzuraten, weil eine gerichtliche Entscheidung kaum vor Ablauf eines Monats zu erlangen sein wird. Aus diesen Gründen ist es nicht geboten, in der Parteivereinbarung Vorsorge hinsichtlich der Bestellungsfristen zu treffen. Längere Fristen werden z.T.

stellung eines beisitzenden Schiedsrichters mit Zugang einer entsprechenden Aufforderung, § 1035 Abs. 3 Satz 3 Alt. 1 ZPO. Die Aufforderung ist ebenfalls Prozeßerklärung. Sie muß nach dem Wortlaut keinen weiteren Inhalt aufweisen, als die Aufforderung zur Schiedsrichterbestellung. Sie muß daher insbesondere keine Frist setzen. Auch eine falsche Fristsetzung ist unschädlich, da sich die Frist aus dem Gesetz ergibt, und die zunächst nicht mitwirkende Partei bis zur Entscheidung über den Antrag die Bestellung noch vornehmen kann.<sup>325</sup> Ebenso wenig muß die auffordernde Partei den von ihr bestellten Schiedsrichter mitteilen,<sup>326</sup> denn der Wortlaut zeigt nichts für eine Mitteilung über etwa schon bestellte Schiedsrichter an, und die aufgeforderte Partei kann, wenn sie sich „ziert“, erste zu sein, umgehend die Aufforderung „zurückgeben“, also ihrerseits auffordern, so daß die Fristen parallel laufen. Die Monatsfrist zur Ersatzbestellung des Vorsitzenden beginnt gemäß § 1035 Abs. 3 Satz 3 Alt. 2 ZPO unproblematisch mit der Bestellung des zweiten beisitzenden Schiedsrichters.

240 Im Fall des § 1035 Abs. 3 Satz 1 ZPO ist für die Bestellung eines Einzelschiedsrichters keine Frist vorgesehen. Es stellt sich deshalb die Frage, wann die Tatbestandsvoraussetzung erfüllt ist, daß sich die Parteien nicht einigen können.<sup>327</sup> Ein Teil der Praxis orientiert sich auch in diesem Fall an der Monatsfrist des § 1035 Abs. 3 Satz 3 ZPO, da das Gesetz die allgemeine Angemessenheit dieser Frist zeige.<sup>328</sup> Die Frist beginnt in diesem Fall mit dem Zugang der Aufforderung, sich an dem Bestellungsverfahren zu beteiligen, spätestens mit dem Zugang der ersten Benennung.<sup>329</sup> Die Gegenauffassung meint, das Scheitern der Einigung sei keine Zulässigkeitsvoraussetzung, und hält folgerichtig den Ablauf einer Frist nicht für erforderlich.<sup>330</sup> Dieses Verständnis ist fragwürdig, da der Wortlaut in Bezug auf das Tatbestandsmerkmal des Scheiterns der Einigung eindeutig ist und die Rechtsstellung der Antragsgegenseite einseitig benachteiligt.<sup>331</sup> Sie verlagert die Entscheidung über die Berechtigung der

---

vorgesehen und sind dann abzuwarten, z.B. zwei Monate in der Schiedsvereinbarung, die der Entscheidung *OLG Köln*, Beschl. v. 09.12.2002 – 9 SchH 17/02, DIS-Datenbank, zugrunde lag.

<sup>325</sup> Vgl. zur Nachholung sogleich Rdnr. 241. Wie hier (ohne Diskussion) *OLG Naumburg*, Beschl. v. 24.02.1999 – 10 Sch (H) 01/98, DIS-Datenbank; a.A. zur fehlerhaften Fristsetzung *KG*, Beschl. v. 17.03.2003 – 23 Sch 08/03, DIS-Datenbank; wohl zustimmend *Kröll*, Die Entwicklung des Rechts der Schiedsgerichtsbarkeit in den Jahren 2003 und 2004, NJW 2005, 194, 196. Einen Hinweis auf die gesetzliche Monatsfrist in der Aufforderung fordert *Schlosser*, in: Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl., § 1035 Rdnr. 5, ohne Begründung.

<sup>326</sup> *Münch*, in: Münchener Kommentar, ZPO, 2. Aufl., § 1035 Rdnr. 24; *Voit*, in: Musielak, ZPO, 5. Aufl., § 1035 Rdnr. 9. A.A. *Geimer*, in: Zöller, ZPO, 26. Aufl., § 1035 Rdnr. 14; *Hartmann*, in: Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 65. Aufl., § 1035 Rdnr. 9; *Schlosser*, in: Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl., § 1035 Rdnr. 5; *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl., Kap. 10 Rdnr. 18.

<sup>327</sup> Vgl. *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnr. 559, der den Fall beschreibt, daß die Parteien die jeweils von der anderen Seite vorgeschlagenen Kandidaten höflich mit dem Bemerkten ablehnen, für neue Benennungen offen zu sein.

<sup>328</sup> So *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnr. 559; *Voit*, in: Musielak, ZPO, 5. Aufl., § 1035 Rdnr. 9.

<sup>329</sup> *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnr. 559.

<sup>330</sup> *Münch*, in: Münchener Kommentar, ZPO, 2. Aufl., § 1035 Rdnr. 2. Ähnlich *Schlosser*, in: Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl., § 1035 Rdnr. 3, der meint, allein die Antragstellung belege die gescheiterte Einigung.

<sup>331</sup> *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnr. 559.

Antragstellung zudem auf die Ebene der Kostenentscheidung des Gerichts und führt dort zu unnötigen Komplikationen: Denn nach allgemeinen Grundsätzen hat die Antragsgegnerseite die Kosten des Verfahrens zu tragen, wenn dem Antrag auf gerichtliche Bestellung stattgegeben wird. Die Kostentragungspflicht kann aber jedenfalls dann nicht richtig sein, wenn die Antragstellerseite das Ersatzbestellungsverfahren eingeleitet hat, ohne daß die andere Partei ausreichend Zeit für die Zustimmung zur Benennung oder eine eigene Benennung hatte.

In Literatur und Rechtsprechung wird die Frage, ob die Antragsgegnerseite die Bestellung nach Einleitung des Ersatzbestellungsverfahrens noch nachholen kann, unterschiedlich beantwortet. Ein Nachholen ist nach richtiger Ansicht bis zur Entscheidung des Gerichts möglich.<sup>332</sup> Dies folgt daraus, daß die zur Zulässigkeit des Ersatzbestellungsverfahrens führende Fristversäumung nicht zum Verlust des Bestellungsrechts führt. Denn der prozessuale Nachteil bei nicht fristgerechter Bestellung trifft die Partei nicht, bevor die andere einen Antrag auf Einleitung des Ersatzbestellungsverfahrens gestellt hat. Nach § 231 Abs. 2 ZPO<sup>333</sup> kann die Prozeßhandlung der Bestellung auch in diesem Fall nachgeholt werden, bis die mündliche Verhandlung über den Antrag geschlossen ist. Findet keine mündliche Verhandlung statt, ist die Bestellung solange nachholbar, wie ein Vortrag im schriftlichen Verfahren noch Berücksichtigung finden kann, also bis zum Ablauf der nach § 128 Abs. 2 Satz 2 ZPO vom Gericht zu bestimmenden Frist.<sup>334</sup> Dies übersehen die Gegenpositionen, die auf die Anhängigkeit des Antrags auf Ersatzbestellung abstellen,<sup>335</sup> oder sogar bereits den Fristablauf genügen lassen.<sup>336</sup> Eine sichere Vorhersage der Entscheidung eines Gerichts ist im Einzelfall kaum möglich.<sup>337</sup> Auch die administrierte Schiedsgerichtsbarkeit handhabt die Nachholbarkeit verschie-

241

<sup>332</sup> So auch *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnr. 566; *Geimer*, in: Zöller, ZPO, 26. Aufl., § 1035 Rdnr. 17; *Münch*, in: Münchener Kommentar, ZPO, 2. Aufl., § 1035 Rdnr. 24; *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl., Kap. 10 Rdnr. 21; *Voit*, in: Musielak, ZPO, 5. Aufl., § 1035 Rdnr. 10; *OLG Naumburg*, Beschl. v. 19.05.2003 – 10 SchH 01/03, DIS-Datenbank, unter II. 2.1 der Gründe; *OLG Dresden*, Beschl. v. 20.02.2001 – 11 SchH 02/00, DIS-Datenbank, unter I. der Gründe. Früher ebenso *OLG Koblenz*, Beschl. v. 22.10.2001 – 2 SchH 01/01, DIS-Datenbank, das in der Entscheidung *OLG Koblenz*, Beschl. v. 20.02.2003 – 2 SchH 01/03, DIS-Datenbank, allerdings vom Verlust des Bestellungsrechts mit Fristablauf ausging, der Benennung aber folgte.

<sup>333</sup> Die Vorschrift ist auch anwendbar, da es sich bei dem Ersatzbestellungsverfahren um ein staatliches Verfahren handelt. Vorschriften außerhalb des 10. Buches der ZPO sind lediglich im schiedsrichterlichen Verfahren selbst grundsätzlich unanwendbar.

<sup>334</sup> Für im Verlaufe des Ersatzbestellungsverfahrens nachgeholte sonstige Maßnahmen nach § 1035 Abs. 4 Alt. 4 ZPO gelten diese Ausführungen entsprechend.

<sup>335</sup> *Hartmann*, in: Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 65. Aufl., § 1035 Rdnr. 9; *Reichold*, in: Thomas/Putzo, ZPO, 27. Aufl., § 1035 Rdnr. 8; *BayObLG*, Beschl. v. 16.02.2002 – 4 Z SchH 09/01, DIS-Datenbank, unter II. 2. c) der Gründe, wo einerseits auf Rechtssicherheit abgestellt wird, andererseits eine verspätete Bestellung als Benennung gewertet und ihr Folge geleistet wurde.

<sup>336</sup> *Hantke*, Die Bildung des Schiedsgerichts, SchiedsVZ 2003, 269, 271; *Kröll, Stefan*, Die Entwicklung des Rechts der Schiedsgerichtsbarkeit 2005/2006, NJW 2007, 743, 746; *Raeschke-Kessler/Berger*, Recht und Praxis des Schiedsverfahrens, 3. Aufl., Rdnr. 507; *Schütze*, Schiedsgericht und Schiedsverfahren, 3. Aufl., Rdnr. 32; *Theune*, in: Schütze, Institutionelle Schiedsgerichtsbarkeit, 2006, § 12 DIS-VerfO Rdnr. 3.

<sup>337</sup> Insofern einzigartig kündigte das *OLG Brandenburg*, Beschl. v. 24.05.2005 – 11 SchH 1/05, DIS-Datenbank, im Tenor zu 2. sogar lediglich an, binnen eines Monats ab Zustellung des Beschlusses für die Antragsgegnerin einen im Beschluß namentlich benannten Schiedsrichter „zu bestimmen“. Unter III. der Gründe heißt es, die

den.<sup>338</sup> Daher wird sich keine Partei, die ein Interesse an der eigenen Bestellung eines Schiedsrichters hat, auf die Nachholbarkeit verlassen. Wird eine Nachholung vom Gericht für zulässig erachtet, stellt dies ein erledigendes Ereignis dar. Der Antragstellerseite obliegt es deshalb, die Hauptsache für erledigt zu erklären und auf Feststellung umzustellen, wenn sich die Gegenseite der Erledigungserklärung nicht anschließt.<sup>339</sup>

## 5. Prüfungsumfang

242 Der Prüfungsumfang des Gerichts im Ersatzbestellungsverfahren wird nicht ganz einheitlich bewertet. Problematisch ist, ob und bejahendenfalls in welchem Umfang das Gericht inzident die Wirksamkeit und Durchführbarkeit der Schiedsvereinbarung sowie zu überprüfen hat, ob die Schiedsvereinbarung die Streitigkeit abdeckt. Für eine volle Prüfung spricht, daß insbesondere bei Unwirksamkeit und/oder den Rechtsstreit nicht abdeckender Schiedsvereinbarung das Gericht nicht erst einen Schiedsrichter bestellen müßte, damit – sollte das Schiedsgericht nicht selbst sodann zur Feststellung der Unwirksamkeit oder mangelnden Reichweite der Schiedsvereinbarung gelangen – dasselbe Gericht im Aufhebungsverfahren den Schiedsspruch aus eben diesen Gründen gemäß § 1059 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a) oder c) oder Nr. 2 Buchst. a) ZPO aufhebt.<sup>340</sup> Dagegen spricht, daß die Rüge der Unwirksamkeit und/oder mangelnden Reichweite der Schiedsvereinbarung verzichtbar ist, oder treuwidrig sein kann und

---

Antragsgegnerin habe innerhalb der vom Senat gesetzten Frist „noch die Möglichkeit, einen eigenen Schiedsrichter zu benennen“. Da die Antragstellerin jedoch die Ersatzbestellung ausdrücklich beantragt hatte, verweigerte das Gericht – wenn auch lediglich für einen Monat – unzulässig Rechtsschutz. Eine Förderung des Schiedsgerichtsverfahrens durch das staatliche Gericht lag darin nicht, zumal die von der Antragstellerin verbunden mit der Bestellung eines eigenen Schiedsrichters an die Antragsgegnerin gerichtete Aufforderung, ihrerseits einen Schiedsrichter zu bestellen, bei Beschlußfassung bereits über 5 Monate zurücklag.

<sup>338</sup> Vgl. zur Praxis der ICC, die die Nachholung der Benennung zuläßt, *Derrains/Schwartz*, A Guide to the New ICC Rules of Arbitration, S. 136; *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnr. 1508. Die LCIA-VerfO stellt die verspätete Benennung der Nichtvornahme gleich, so daß eine Nachholung ausscheidet, vgl. Artt. 7.2, 2.3 LCIA-VerfO. Nach § 12.3 Satz 4 DIS-VerfO ist die Nachholung der Benennung nach Fristablauf lediglich dann rechtzeitig, wenn sie vor dem Antrag einer Partei auf Benennung durch den DIS-Ernennungsausschuß auf der DIS-Geschäftsstelle eingegangen ist.

<sup>339</sup> Das *OLG Brandenburg*, Beschl. v. 02.10.2003 – 8 SchH 2/03, DIS-Datenbank, ließ eine Erledigungserklärung mit der wenig überzeugenden Begründung nicht zu, das Ersatzbestellungsverfahren sei kein kontradiktorisches Verfahren, weshalb eine Erledigungserklärung unzulässig und als Antragsrücknahme zu werten sei, und verweigerte eine Kostengrundscheidungsentscheidung unter ausdrücklicher Verweisung der Parteien auf den Rechtsweg zur Verfolgung ihrer Kostenerstattungsansprüche.

<sup>340</sup> Wirksamkeitsprüfungen nehmen vor: *KG*, Beschl. v. 11.07.2002 – 23 Sch 03/02, DIS-Datenbank; *OLG Naumburg*, Beschl. v. 10.09.2001 – 10 SchH 02/01, DIS-Datenbank. Dem scheint auch das *OLG Köln*, Beschl. v. 22.07.2003 – 9 SchH 08/03, DIS-Datenbank, zuzuneigen, da in eine Wirksamkeitsprüfung offenbar allein deshalb nicht eingetreten wurde, weil insoweit kein Streit zwischen den Parteien bestand. In *OLG Köln*, Beschl. v. 21.03.2002 – 9 SchH 02/02, DIS-Datenbank, wurde eine etwaige Formunwirksamkeit nach § 1031 Abs. 5 ZPO mit dem zutreffenden Argument dahinstehen gelassen, die Antragsgegnerin verstoße nach der vorprozessualen Einrede der Schiedsvereinbarung mit der Einrede der Formunwirksamkeit nunmehr gegen Treu und Glauben. Die Undurchführbarkeit der Schiedsvereinbarung – etwa wegen Armut der Partei – wird sich oft bereits im Ersatzbestellungsverfahren zeigen oder einredeweise geltend gemacht. Deshalb spricht viel für die Berücksichtigung und Prüfung, so z.B. *OLG Celle*, Beschl. v. 15.08.2003 – 8 SchH 04/02, DIS-Datenbank.

außerdem im ersten Schritt das Schiedsgericht und nicht das Gericht berufen ist, diese Fragen zu prüfen. Inzwischen hat sich die Auffassung durchgesetzt, daß die Inzidentprüfung durch das Gericht grundsätzlich nur auf Rüge hin erfolgt und auf offensichtliche und solche Mängel der Schiedsvereinbarung beschränkt bleibt, deren Heilung ausgeschlossen ist.<sup>341</sup> Dies hat den praktisch entscheidenden Vorteil des zügigen Verfahrensfortgangs und führt zu jedenfalls vertretbaren Ergebnissen. Eine Bindungswirkung für ein Schiedsgerichtsverfahren, daß etwa trotz zurückgewiesenen Antrags auf Ersatzbestellung durchgeführt wird, oder für die Verfahren nach dem Schiedsspruch hat die Wirksamkeitsprüfung allerdings nicht, denn es handelt sich lediglich um eine Vorfrage der Ersatzbestellung.<sup>342</sup> In den Fällen der Ersatzbestellung kann jede Verfahrensseite das Gericht allerdings zu einer vollen Wirksamkeitsprüfung „zwingen“: Da das Schiedsgericht in diesen Fällen noch nicht gebildet ist, ist der Antrag auf Feststellung der Zulässigkeit bzw. der Gegenantrag auf Feststellung der Unzulässigkeit des schiedsrichterlichen Verfahrens nach § 1032 Abs. 2 ZPO bis zur Entscheidung des Gerichts über die Ersatzbestellung noch zulässig. Werden solche Anträge zulässig im Ersatzbestellungsverfahren gestellt, führt das zu einer Verfahrenslage, in der die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit des schiedsrichterlichen für das Gericht zwangsläufig offensichtlich wird.<sup>343</sup>

## 6. Verfahren

Nach § 1063 Abs. 1 Satz 2 ZPO ist der Gegner vor der Entscheidung zu hören. Es empfiehlt sich für das Gericht, zudem den zu Bestellenden vor einer Bestellung zu kontaktieren und ihn zu fragen, ob er an einer Ernennung mitwirkt. Ist dies nicht der Fall, darf das Gericht ihn

243

<sup>341</sup> Geimer, in: Zöller, ZPO, 26. Aufl., § 1035 Rdnr. 17; Hartmann, in: Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 65. Aufl., § 1035 Rdnr. 10; Lachmann, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnr. 571 (beruht allerdings, insbesondere im Hinblick auf die Schiedsfähigkeit, der Mangel auf einem Verstoß gegen eine der Parteidisposition entzogene Norm, sei umfassend von Amts wegen zu prüfen); Münch, in: Münchener Kommentar, ZPO, 2. Aufl., § 1035 Rdnr. 25; Reichold, in: Thomas/Putzo, ZPO, 27. Aufl., § 1035 Rdnr. 9; Schlosser, in: Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl., § 1035 Rdnr. 6; Voit, in: Musielak, ZPO, 5. Aufl., § 1035 Rdnr. 11; BayObLG, Beschl. v. 04.06.1999 – 4 Z SchH 01/99, DIS-Datenbank (offensichtliches Fehlen einer Schiedsklausel) – unter Bezugnahme auf diese Entscheidung jetzt OLG München, Beschl. v. 19.01.2007 – 34 SchH 009/06, DIS-Datenbank; OLG Naumburg, Beschl. v. 21.07.2003 – 10 SchH 04/03, DIS-Datenbank (Schlichtungsklausel); OLG Celle, Beschl. v. 30.07.2003 – 8 SchH 01/03, DIS-Datenbank (Schiedsgutachtenvereinbarung verbunden mit Antrag auf Sachverständigenbestellung). Unverständlich daher die Behauptung, „das Gericht [kann] nach deutschem Verständnis die Wirksamkeit und Reichweite der Schiedsklausel voll überprüfen“, vgl. Kröll, Die Entwicklung des Rechts der Schiedsgerichtsbarkeit in den Jahren 2003 und 2004, NJW 2005, 194, 196.

<sup>342</sup> Vgl. z.B. Schlosser, in: Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl., § 1035 Rdnr. 10; Voit, in: Musielak, ZPO, 5. Aufl., § 1035 Rdnr. 11, m.w.N.

<sup>343</sup> So zutreffend OLG München, Beschl. v. 04.09.2006 – 34 SchH 006/06, DIS-Datenbank, unter II. 2. der Gründe, im Verfahren über die Ersatzbestellung des vorsitzenden Schiedsrichters, in dem die Antragsgegnerseite den (hier erfolgreichen) Gegenantrag stellte, die Unzulässigkeit des schiedsrichterlichen Verfahrens nach § 1032 Abs. 2 ZPO festzustellen. Allerdings führt dieses Vorgehen zur Kostenerrhöhung: Für das zusätzliche Verfahren nach § 1032 Abs. 2 ZPO fallen 2,0 Gerichtsgebühren an (GKG KV 1621). Wird lediglich das Ersatzbestellungsverfahren durchgeführt, fallen 0,5 Gerichtsgebühren an (GKG KV 1623). Auch die Anwaltsgebühren erhöhen sich, da das Verfahren nach § 1032 Abs. 2 ZPO anders als das Ersatzbestellungsverfahren gebührenrechtlich nicht privilegiert ist (vgl. § 16 Nr. 10 RVG sowie RVG VV 3327 und ggf. 3332).

nicht bestellen, da das Verfahrenziel des Ersatzbestellungsverfahrens sonst scheitert. Aus dem gleichen Grund sollte das Gericht den Parteien den Namen des Kandidaten vor dessen Bestellung vorab mitteilen, um späteren Ablehnungsverfahren vorzubeugen.<sup>344</sup> Die bestellten Schiedsrichter – soweit es sie bereits gibt – sind am Bestellungsverfahren nicht (mehr) beteiligt. Eine Pflicht, auch sie anzuhören, besteht deshalb nicht, weil die Schiedsrichter kein rechtliches Interesse an einer Anhörung haben können: Nicht die Schiedsrichter, sondern allein die Parteien verfügen über die personelle Verfahrensherrschaft. Ist das Gericht im Ersatzbestellungsverfahren bestellungsbefugt, haben die Schiedsrichter auf die Bestellung keinen Einfluß. Außerdem stehen die Schiedsrichter untereinander nicht in vertraglichen Beziehungen,<sup>345</sup> so daß auch unter diesem Gesichtspunkt kein rechtliches Interesse besteht.

244 Die Durchführung einer mündlichen Verhandlung ist in das Ermessen des Gerichts gestellt,<sup>346</sup> da kein Fall der zwingenden mündlichen Verhandlung nach § 1063 Abs. 2 ZPO vorliegt. Will das Gericht einem Antrag im Ersatzbestellungsverfahren stattgeben, weil dessen Voraussetzungen vorliegen und die Unwirksamkeit der Schiedsvereinbarung nicht geltend gemacht ist, wird es aus Gründen der Verfahrensökonomie ohne mündliche Verhandlung entscheiden. Bei der Entscheidung kann das Gericht auch berücksichtigen, daß erst mit der Anordnung der mündlichen Verhandlung Anwaltszwang entsteht. In Verfahren mit Auslandsbezug, in denen deutsche Rechtsanwälte im schiedsrichterlichen Verfahren bisher nicht beteiligt waren, kann dies zur Erforderlichkeit der Bestellung eines postulationsfähigen Verfahrensbevollmächtigten allein für das Ersatzbestellungsverfahren führen, was die Verfahrenskosten erhöhen kann.<sup>347</sup>

245 Wendet die Antragsgegnerseite die Unwirksamkeit der Schiedsvereinbarung ein und meint das Gericht, der Einwand sei vom Prüfungsumfang erfaßt und könnte durchgreifen, oder meint das Gericht auf Prüfung von Amts wegen hin, die Schiedsvereinbarung sei unwirksam, liegt die Durchführung einer mündlichen Verhandlung nach dem Rechtsgedanken des § 1063 Abs. 2 ZPO allerdings nahe.<sup>348</sup> Denn nach dieser Vorschrift hat das Gericht die mündliche Verhandlung im Aufhebungsverfahren oder dann anzuberaumen, wenn bei einem Antrag auf Anerkennung oder Vollstreckbarerklärung eines Schiedsspruchs Aufhebungsgründe nach

<sup>344</sup> *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnr. 568. So verfährt z.B. *OLG Naumburg*, Beschl. v. 08.07.2003 – 10 SchH 03/03, DIS-Datenbank; *OLG Naumburg*, Beschl. v. 23.04.2003 – 10 SchH 02/03, DIS-Datenbank.

<sup>345</sup> Vgl. *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnr. 573.

<sup>346</sup> Dies übersieht *Hantke*, Die Bildung des Schiedsgerichts, SchiedsVZ 2003, 269, 271.

<sup>347</sup> Zum Anwaltszwang Rdnr. 237, zu den Rechtsanwaltskosten Rdnrn. 266 f.

<sup>348</sup> Ein Fall der notwendigen mündlichen Verhandlung liegt nach dem klaren Wortlaut des § 1063 Abs. 2 ZPO aber nicht vor. Die gerichtliche Praxis entscheidet, soweit ersichtlich, stets ohne mündliche Verhandlung, auch bei Versagung der Ersatzbestellung wegen Mängeln der Schiedsvereinbarung, *OLG Celle*, Beschl. v. 15.08.2003 – 8 SchH 04/02, DIS-Datenbank, (Durchführbarkeit des schiedsrichterlichen Verfahrens verneint).

§ 1059 Abs. 2 ZPO in Betracht kommen.<sup>349</sup> Wesentlicher Grund für die Prüfung der Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung schon im Ersatzbestellungsverfahren ist gerade die verfahrensökonomische Erwägung, die doppelte Inanspruchnahme des Gerichts in diesem Verfahren und im weiteren Verfahren auf Aufhebung oder Vollstreckbarerklärung bzw. Anerkennung des Schiedsspruchs zu verhindern. Wenn das Gericht meint, ein Mangel der Schiedsvereinbarung könne durchgreifen, müßte es in dem zu verhindernden Verfahren nach dem Schiedsspruch mündlich verhandeln. Dann liegt es jedenfalls nahe, dies auch bereits im Ersatzbestellungsverfahren zu tun, wenn aufgrund dessen Durchführung die mündliche Verhandlung in einem etwaigen Verfahren nach dem Schiedsspruch entfällt.

Die Argumentation zur Gebotenheit der Durchführung einer mündlichen Verhandlung erfordert eine Einschränkung: Verfahrensökonomisch konsequent kann auf eine mündliche Verhandlung dann verzichtet werden, wenn die Unwirksamkeit der Schiedsvereinbarung offensichtlich ist. Denn nach aller Voraussicht wird das Schiedsgericht keinen Schiedsspruch in der Sache aufgrund einer offensichtlich unwirksamen Schiedsvereinbarung erlassen, sondern durch Prozeßschiedsspruch entscheiden. Das durch die Prüfung der Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung zu verhindernde weitere Verfahren würde im Regelfall also gar nicht stattfinden.<sup>350</sup> Deshalb greift in diesem Ausnahmefall das Argument nicht, die im Verfahren nach dem Schiedsspruch notwendige mündliche Verhandlung sei auch bereits im Ersatzbestellungsverfahren geboten.

246

## 7. Darlegungs- und Beweislast

Nach allgemeinen Grundsätzen hat die Antragstellerseite die Voraussetzungen der Zuständigkeit des Gerichts und der Statthaftigkeit des Antrags darzulegen, die von Amts wegen zu prü-

247

<sup>349</sup> Im Hinblick auf Mängel der Schiedsvereinbarung kommt im Verfahren nach dem Schiedsspruch eine Aufhebung von Amts wegen nach § 1059 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. a) ZPO (mangelnde objektive Schiedsfähigkeit) in Betracht. Darüber hinaus kommt auf Rüge hin eine Aufhebung nach § 1059 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a) Alt. 1 ZPO (mangelnde subjektive Schiedsfähigkeit) oder nach § 1059 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a) Alt. 2 ZPO (Unwirksamkeit der Schiedsvereinbarung wegen materieller oder formeller Mängel nach dem auf sie anzuwendenden Recht) in Betracht.

<sup>350</sup> Ausnahme von der Ausnahme wäre, daß gegen den Prozeßschiedsspruch das Aufhebungsverfahren eingeleitet wird. Dies ist zulässig, kann aber im Ergebnis nicht auf das Argument gestützt werden, das Schiedsgericht habe seine Zuständigkeit zu Unrecht verweigert, da dieser Grund im Aufhebungskatalog des § 1059 Abs. 2 ZPO nicht ausdrücklich enthalten ist, vgl. Leitsatz *BGH*, Beschl. v. 06.06.2002 – III ZB 44/01 (Stuttgart), *BGH*-Datenbank, und dazu *Münch*, Anmerkung zu *BGH*, Beschl. v. 06.06.2002 – III ZB 44/01 (Stuttgart), *SchiedsVZ* 2003, 41. Da im Regelfall allein der Schiedskläger ein Interesse an der Aufhebung eines Prozeßschiedsspruchs haben wird, er mit dem inhaltlichen Argument aber nicht durchdringen kann, wird er kaum diesen Weg wählen, sondern gleich vor dem staatlichen Gericht neu klagen. Da somit das Aufhebungsverfahren bei einem Prozeßschiedsspruch äußerst unwahrscheinlich ist, bleibt es dabei, daß bei offensichtlicher Unwirksamkeit der Schiedsvereinbarung eine mündliche Verhandlung im Ersatzbestellungsverfahren nicht geboten ist.

fen sind.

- 248 Im Hinblick auf den umstrittenen Prüfungsumfang des Gerichts bezüglich der Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung werden die weiteren Anforderungen an die Darlegungslast differenziert ausfallen: Mit Blick auf die Statthaftigkeit des Antrags erfordert ein schlüssiger Vortrag der Antragstellerseite bereits die schlüssige Behauptung, zwischen ihr und der Antragsgegnerseite bestehe eine wirksame Schiedsvereinbarung. Je nachdem, welche Prüfungsdichte das Gericht zur Wirksamkeit annimmt, wird hier weiterer Vortrag erforderlich. Im Zweifel ist das Gericht diesbezüglich zu einem Hinweis gemäß § 139 Abs. 2 und Abs. 3 ZPO verpflichtet.

## II. Entscheidung

### 1. Beschluß

- 249 Das Oberlandesgericht entscheidet gemäß § 1063 Abs. 1 Satz 1 ZPO durch Beschluß. Bei der Entscheidung über die gerichtliche Bestellung eines Schiedsrichters handelt es sich um eine prozessuale Gestaltungsentscheidung, da die Entscheidung des Gerichts unmittelbar Auswirkungen auf die prozessuale Rechtslage zwischen den Parteien hat. Sie bildet deshalb keinen Vollstreckungstitel.
- 250 Der Beschluß ist gemäß § 1065 Abs. 1 Satz 2 ZPO unanfechtbar, weil Entscheidungen gemäß § 1062 Abs. 1 Nr. 1 ZPO in § 1065 Abs. 1 Satz 1 ZPO nicht ausdrücklich genannt sind.<sup>351</sup> Da mithin eine unanfechtbare letztinstanzliche Entscheidung erlassen wird, ist der Beschluß nach allgemeinen Grundsätzen zumindest kurz, ein Zurückweisungsbeschluß aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit ausführlicher rechtlich zu begründen.<sup>352</sup> Gesonderte tatsächliche Feststellungen sind rechtlich nicht erforderlich, denn selbst die mit der Rechtsbeschwerde anfechtbaren Beschlüsse nach § 1062 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 4 ZPO bedürfen nach der Rechtsprechung des *Bundesgerichtshofs*<sup>353</sup> nicht zwingend eines formellen Tatbestands oder einer gesonderten Sachverhaltsschilderung.
- 251 Ist mündlich verhandelt worden, ist der Beschluß zu verkünden, § 329 Abs. 1 Satz 1 ZPO.

<sup>351</sup> Kritisch zum Rechtsmittelausschluß im Hinblick auf essentielle Bedeutung der Bildung des Schiedsgerichts *Münch*, in: Münchener Kommentar, ZPO, 2. Aufl., § 1035 Rdnr. 32.

<sup>352</sup> *Reichold*, in: Thomas/Putzo, ZPO, 27. Aufl., § 329 Rdnr. 10, m.w.N.

<sup>353</sup> *BGH*, Beschl. v. 15.07.1999 – III ZB 21/98 (Oldenburg), DIS-Datenbank, unter II. 1. der Gründe (der zur Begründung angeführte Grundsatz der Bindung des Rechtsbeschwerdegerichts an die tatsächlichen Feststellungen des Beschwerdegerichts – die folglich auch in irgendeiner Form festgehalten sein müssen – folgt nunmehr aus §§ 577 Abs. 2 Satz 4, 559 Abs. 2 ZPO).



Wurde nicht mündlich verhandelt, ist der Beschluß grundsätzlich formlos zuzustellen, § 329 Abs. 2 Satz 1 ZPO. Setzt die Entscheidung allerdings eine Frist in Lauf, so ist förmlich zuzustellen, § 329 Abs. 2 Satz 2 ZPO.<sup>354</sup> Ob dies zutrifft, muß im Einzelfall ermittelt werden. Eine gesetzliche Frist beginnt lediglich in einem Fall zu laufen: Wenn das Gericht über die Bestellung eines beisitzenden Schiedsrichters nach § 1035 Abs. 3 Satz 3 Alt. 1 ZPO entscheidet, setzt dies die gesetzliche Monatsfrist für den Antrag auf Bestellung des dritten Schiedsrichters nach § 1035 Abs. 3 Satz 3 Alt. 2 ZPO in Lauf. In erster Linie werden sich Fristen aus der Parteivereinbarung ergeben. Da das Gericht diese im Zweifel keiner ins Einzelne gehenden Prüfung unterziehen wird, empfiehlt sich im Falle der Zustellung, vorsorglich stets förmlich zuzustellen.

## 2. Hauptsacheentscheidung

Der Tenor eines Beschlusses in den Fällen des § 1035 Abs. 3 ZPO bei Stattgabe lautet:

252

Frau/Herr ... wird als Schiedsrichter bestellt.

Ebenso ist nach § 1035 Abs. 4 ZPO zu tenorieren, wenn die erforderliche Maßnahme eine Bestellung ist. Die Aufnahme weiterer Details in den Hauptsachetenor ist in der Regel entbehrlich. Ausnahmen gelten, wenn mehrere Schiedsrichter bestellt werden und/oder eine Mehrparteienkonstellation vorliegt: Die Angabe der Funktion (vorsitzender oder beisitzender Schiedsrichter) ist zur Differenzierung dann erforderlich, wenn mehrere Schiedsrichter bestellt werden, denn fällt einer der ersatzbestellten Schiedsrichter weg, oder tritt er sein Amt gar nicht erst an, muß ermittelt werden, wer für dessen Nachbestellung bestellungsbefugt ist. Diese Bestellungsbefugnis kann an die ursprünglich vorgesehene Bestellungsbefugnis anknüpfen.<sup>355</sup> Aus demselben Grund kann zur Klarstellung in einer Mehrparteienkonstellation auch die Angabe geboten sein, für wen der Schiedsrichter bestellt worden ist. Ist die Anordnung einer anderen erforderlichen Maßnahme nach § 1035 Abs. 4 ZPO beantragt, ist entsprechend zu tenorieren; handelt es sich um Benennung, heißt es entsprechend „benannt“.

In allen bisher genannten Fällen handelt es sich um Gestaltungsentscheidungen. Ein Leistungsausspruch scheidet zwingend aus, weil für dessen Vollstreckbarerklärung eine Ermächtigungsgrundlage fehlt und für eine formell nicht durchsetzbare Entscheidung eines Gerichts

253

<sup>354</sup> Aus § 329 Abs. 3 ZPO folgt eine Zustellungsbedürftigkeit nie, weil Rechtsbehelfe gegen den Beschluß ausgeschlossen sind und weil Gestaltungsentscheidungen keinen Vollstreckungstitel bilden.

<sup>355</sup> Vgl. RdNr. 268 ff.

kein Rechtsschutzbedürfnis besteht. Dies übersah das *Bayerische Oberste Landesgericht*,<sup>356</sup> als es gestützt auf § 1035 Abs. 4 ZPO einen (unzulässigen) Beschluß erließ und den Antragsgegner zur Abgabe einer Willenserklärung verurteilte. In dem zugrunde liegenden Fall war zwischen den Parteien streitig, ob ein entsprechend der Parteivereinbarung durch einen Berufsverband jedenfalls benannter Schiedsrichter bereits bestellt worden war. Die komplex gestaltete Parteivereinbarung sah bei Scheitern einer einvernehmlichen Bestellung alternativ mehrere benennungsbefugte Dritte für den Vorsitzenden vor. Verbindlich sollte allerdings allein der Vorschlag eines Landgerichtspräsidenten sein, der also allein bestellungsbefugt war. Dieser weigerte sich, auf einseitigen Antrag der Antragstellerseite tätig zu werden, erklärte sich aber gleichzeitig zur Bestellung bereit, wenn er darum von beiden Parteien gebeten werde. Deshalb unterlag die Antragstellerin mit dem auf Ersatzbestellung gerichteten Hauptantrag, da ein Tätigwerden des bestellungsbefugten Dritten (noch) nicht auszuschließen war. Die hilfsweise beantragte und angeordnete Maßnahme nach § 1035 Abs. 4 ZPO war die Verpflichtung der Antragsgegnerin, der Bestellung des Vorsitzenden durch den Präsidenten des Landgerichts Augsburg zuzustimmen. Dieser Beschluß ist aus Rechtsgründen und unabhängig davon, daß das *Bayerische Oberste Landesgericht* einen Ausspruch zur Vollstreckbarkeit unterließ, nicht vollstreckbar: Eine Ermächtigungsgrundlage für eine Vollstreckbarerklärung nach dem 10. Buch der ZPO liegt nicht vor, denn nach § 1064 Abs. 2 ZPO sind allein Beschlüsse für vorläufig vollstreckbar zu erklären, mit denen ein Schiedsspruch für vorläufig vollstreckbar erklärt wird. Diese Beschlüsse sind auch in § 794 Abs. 1 Nr. 4a ZPO als Vollstreckungstitel genannt. Die anderen Alternativen des § 794 Abs. 1 ZPO sind sämtlich nicht einschlägig. Auch § 894 Abs. 1 ZPO hilft nicht weiter, weil dieser dem Wortlaut nach ein rechtskräftiges Urteil voraussetzt, durch das die Abgabe einer Willenserklärung fingiert wird. Selbst auf die anderen in § 794 Abs. 1 ZPO genannten Vollstreckungstitel ist § 894 ZPO unanwendbar, vielmehr ist nach § 888 ZPO zu vollstrecken.<sup>357</sup> Diese Möglichkeit scheidet hier aber aus, weil der dafür erforderliche vollstreckbare Titel fehlt. Statt eines Leistungsurteils wäre in dem vom *Bayerischen Obersten Landesgericht* entschiedenen Fall die richtige Lösung die Feststellung gewesen, daß ein Vorsitzender noch nicht bestellt worden ist. Denn aufgrund dieser Entscheidung stand nach der Auslegung der Erklärung des Landgerichtspräsidenten zu vermuten, daß er tätig werden würde – die Antragstellerin hätte dies nachfragen und wenn auch nicht rechtlich, so doch wohl praktisch sicherstellen können. Hätte sich der Landgerichtspräsident auf Nachfrage geweigert oder sich nicht geäußert, wäre der Weg für die Ersatzbestellung durch das Gericht nach § 1035 Abs. 4 Alt. 4 ZPO frei gewesen, so daß

<sup>356</sup> *BayObLG*, Beschl. v. 13.05.2002 – 4 Z SchH 04/02, DIS-Datenbank. Dieser Entscheidung zustimmend hält auch *Reichold*, in: Thomas/Putzo, ZPO, 27. Aufl., § 1035 Rdnr. 3, eine Leistungsentscheidung für zulässig.

<sup>357</sup> Vgl. *Stöber*, in: Zöller, ZPO, 26. Aufl., § 894 Rdnr. 3, m.w.N.

die Antragstellerin mit der Nachfrage ihrem Hauptantrag hätte zum Erfolg verhelfen können.

Bereits dieser Fall zeigt, daß ausnahmsweise eine Feststellung in Betracht kommen muß, wenn damit das parteivereinbarte Bestellungsverfahren im Sinne § 1035 Abs. 4 ZPO a.E. gesichert werden kann. Vollstreckungsrechtliche Probleme ergeben sich mit einer Feststellungsentscheidung nicht, da diese wie Gestaltungsentscheidungen keinen vollstreckungsfähigen Inhalt haben. Eine Feststellung ist auch vom Wortlaut des § 1035 Abs. 4 ZPO gedeckt, weil die gesetzliche Formulierung der Anordnung der erforderlichen Maßnahme denkbar weit ist und jedenfalls eine Feststellung umfaßt. Den Ausweg einer Feststellungsentscheidung ging zu Recht das *OLG Hamm*<sup>358</sup> in einer Konstellation, in der die beiden beisitzenden Schiedsrichter sich nicht auf einen Vorsitzenden einigen konnten und deshalb entsprechend der Schiedsvereinbarung die Bestellung durch einen Dritten vorzunehmen war. Die besondere Problematik des Falles lag darin, daß es zwei Schiedsklauseln gab, von denen die eine als bestellungsbefugten Dritten eine IHK, die andere den Präsidenten eines Oberlandesgerichts vorsah, und zwischen den Parteien keine Einigkeit über die anzuwendende Schiedsklausel bestand. Die Schiedsrichter „einigten“ sich nach Ansicht der Antragstellerin des Ersatzbestellungsverfahrens zu Unrecht auf die Bestellung durch die IHK, die allerdings einen Vorsitzenden bereits bestellt hatte. Das *OLG Hamm* gab der Antragstellerin recht, da die maßgebliche Schiedsvereinbarung die Bestellung durch den Präsidenten des Oberlandesgerichts vorsah und die beiden beisitzenden Schiedsrichter nicht befugt waren, das Bestellungsverfahren zu modifizieren. Da mithin ein nicht bestellungsbefugter Dritter die Bestellung vorgenommen hatte, war diese Bestellung unwirksam. Weil aber ein bestellungsbefugter und grundsätzlich zur Bestellung entschlossener Dritter bereit stand, existierte ein vereinbartes Bestellungsverfahren zur Sicherung der Bestellung im Sinne § 1035 Abs. 4 ZPO a.E. Das vereinbarte Bestellungsverfahren war also noch nicht gescheitert, so daß die Anordnung der erforderlichen Maßnahme keine Bestellung durch das Gericht sein konnte. Ebenso mußte eine positive Zuständigkeitsbestimmung des Dritten durch das Gericht ausscheiden, weil darin lediglich eine Rechtsauskunft gelegen hätte, für die kein Rechtsschutzbedürfnis bestand, nachdem bereits eine Bestellung erfolgt war. Unabhängig von der Unzulässigkeit einer Leistungsentscheidung mußte auch eine Anordnung, daß der Präsident des in der maßgeblichen Schiedsvereinbarung berufenen Oberlandesgerichts die Bestellung des Vorsitzenden vorzunehmen habe, ausscheiden, weil ein bestellungsbefugter Dritter rechtlich nicht zur Vornahme einer Prozeßhandlung verpflichtet werden kann. Das *OLG Hamm* legte den Antrag der Antragstellerin daher zutref-

254

---

<sup>358</sup> *OLG Hamm*, Beschl. v. 07.03.2002 – 11 Sch 01/02, DIS-Datenbank, zustimmend *Kröll*, Anmerkung zu *OLG Hamm*, Beschl. v. 07.03.2002 – 11 Sch 01/02, *SchiedsVZ* 2003, 81 ff.; *Reichold*, in: *Thomas/Putzo*, ZPO, 27. Aufl., § 1035 Rdnr. 7.

fend als Feststellungsantrag aus, die Unwirksamkeit der erfolgten Bestellung festzustellen. Die entsprechende Feststellung war eine im Ersatzbestellungsverfahren nach § 1035 Abs. 4 ZPO statthafte Entscheidung, da auch eine Feststellung eine Maßnahme ist. Soll aber eine Feststellung zulässig sein, muß diese Maßnahme auch erforderlich sein. Bereits in das Tatbestandsmerkmal der Erforderlichkeit ist das für Feststellungsbegehren allgemein notwendige Kriterium des besonderen Feststellungsinteresses hineinzulesen. Das besondere Feststellungsinteresse folgte im Fall des *OLG Hamm* daraus, daß bei Zweifeln darüber, wer der richtige bestellungsbefugte Dritte war und schon einer der beiden Dritten den Vorsitzenden bestellt hatte, der andere Dritte mit gutem Grund solange mit einer weiteren Bestellung zögerte, bis geklärt wurde, daß tatsächlich er berufen war. Diese Klärung wird durch die Feststellung der Unwirksamkeit der Bestellung herbeigeführt.

- 255 Ein anderer Rechtsbehelf, der dem Feststellungsbegehren vorrangig wäre, bestand im Fall des *OLG Hamm* nicht. Überlegt und im Ergebnis zu Recht verneint wurde die Möglichkeit, auf das gesetzlich vorgesehene Feststellungsverfahren des § 1032 Abs. 2 ZPO zurückzugreifen. Diese Möglichkeit schied nicht deshalb aus, weil ein Schiedsgericht (wenn auch fehlerhaft) bereits gebildet worden war.<sup>359</sup> Die Bildung des Schiedsgerichts war gerade noch nicht wirksam erfolgt, da ein Schiedsrichter, der mangels Bestellungsbefugnis des Bestellenden nicht einmal wirksam bestellt worden ist, auch nicht wirksam ernannt worden sein kann. Deshalb lag noch keine Bildung des Schiedsgerichts vor. Der Feststellungsantrag nach § 1032 Abs. 2 ZPO, das Schiedsgerichtsverfahren als solches sei unzulässig, war also noch zulässig.<sup>360</sup> Nur wäre dieser Antrag an der Sache vorbeigegangen, weil die Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung zwischen den Parteien im vom *OLG Hamm* entschiedenen Fall nicht in Zweifel stand. Rechtsschutzziele im Feststellungsverfahren können nur die Feststellung der „Zulässigkeit oder Unzulässigkeit eines schiedsrichterlichen Verfahrens“ sein, vgl. § 1032 Abs. 2 ZPO. Es geht damit um die abstrakte Zulässigkeit des schiedsrichterlichen Verfahrens im ganzen.<sup>361</sup> Dies folgt aus dem Wortlaut, indem der unbestimmte Artikel „eines“ in § 1032 Abs. 2 ZPO Verwendung findet. Außerdem spricht die systematische Stellung des § 1032 ZPO mit der Überschrift „Schiedsvereinbarung und Klage vor Gericht“ im zweiten Abschnitt des

<sup>359</sup> So aber *Kröll*, Anmerkung zu *OLG Hamm*, Beschl. v. 07.03.2002 – 11 Sch 01/02, *SchiedsVZ* 2003, 81, 83.

<sup>360</sup> Dagegen spricht auch nicht die von *Kröll*, Anmerkung zu *OLG Hamm*, Beschl. v. 07.03.2002 – 11 Sch 01/02, *SchiedsVZ* 2003, 81, 83, angeführte Gefahr der Aushöhlung der Ausschußfrist für Rechtsbehelfe nach § 1032 Abs. 2 ZPO, die mit der Bildung des Schiedsgerichts eintritt. Denn es geht bei § 1032 Abs. 2 ZPO lediglich um die wirksame Bildung des Schiedsgerichts, die durchaus fehlerhaft sein kann. Unwirksamkeit liegt aber nur in den seltenen Fällen vor, in denen bei Bestellung oder Ernennung schon Prozeßhandlungsvoraussetzungen fehlen. Wird lediglich das Bestellungsverfahren oder werden Bestellungskriterien verletzt, bleiben Bestellung und Ernennung wirksam und Feststellungsanträge nach § 1032 Abs. 2 ZPO bleiben ohne Erfolg.

<sup>361</sup> Allgemeine Meinung: *Geimer*, in: *Zöller*, ZPO, 26. Aufl., § 1032 Rdnr. 23; *Hartmann*, in: *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, ZPO, 65. Aufl., § 1032 Rdnr. 9; *Reichold*, in: *Thomas/Putzo*, ZPO, 27. Aufl., § 1032 Rdnr. 5.

10. Buches der ZPO mit der Überschrift „Schiedsvereinbarung“ für ein abstraktes Abstellen darauf, ob überhaupt eine taugliche Schiedsvereinbarung vorliegt. Deshalb kann nach § 1032 Abs. 2 ZPO nicht die Unzulässigkeit der Durchführung eines konkreten Verfahrens wegen Verfahrensverstößen festgestellt werden, obwohl eine den Rechtsstreit abdeckende wirksame Schiedsvereinbarung besteht und diese auch durchführbar ist. Daher wäre im vom *OLG Hamm* entschiedenen Fall der Antrag auf Feststellung der Unzulässigkeit des konkreten schiedsrichterlichen Verfahrens mit dem bereits bestellten Vorsitzenden nach § 1032 Abs. 2 Alt. 2 ZPO unstatthaft gewesen, es sei denn, der über dieses Begehren hinausgehende Antrag wäre darauf gerichtet worden, das schiedsrichterliche Verfahren zwischen den Parteien sei insgesamt unzulässig. Unabhängig von Fragen des Rechtsschutzbedürfnisses wäre nach § 1032 Abs. 2 Alt. 1 ZPO auch der Antrag auf Feststellung der Zulässigkeit eines schiedsrichterlichen Verfahrens möglich gewesen. Darin hätte die Antragstellerin auf die Schiedsvereinbarung mit dem noch vom Präsidenten eines Oberlandesgerichts zu bestellenden Vorsitzenden abstellen können. Nur folgt aus einer stattgebenden Entscheidung weder unmittelbar die Unwirksamkeit der Bestellung des Vorsitzenden durch den „falschen“ Dritten, noch die Unzulässigkeit des bereits eingeleiteten schiedsrichterlichen Verfahrens: Weil die beiden Schiedsgerichtsverfahren aufgrund der beiden Schiedsklauseln nicht in einem zwingenden Ausschlußverhältnis zueinander gestanden haben, reichte so weit keine positive Feststellungswirkung, wenn nicht auch festgestellt würde, daß das andere Verfahren unzulässig sei. Diese Feststellung war aber nach § 1032 Abs. 2 Alt. 2 ZPO gerade nicht zu erlangen. Deshalb erreichte der positive Feststellungsantrag nicht das begehrte Rechtsschutzziel, was an seiner Zulässigkeit im Hinblick auf das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis zweifeln läßt.

Anstatt auf § 1032 Abs. 2 ZPO abzustellen, lag für den vom *OLG Hamm* entschiedenen Fall ein Rückgriff auf das Beendigungsverfahren nach § 1038 Abs. 1 ZPO allerdings näher. Gestützt auf den Beendigungsgrund der rechtlichen Unmöglichkeit wäre an den Antrag auf Beendigung des Schiedsrichteramts des Vorsitzenden zu denken gewesen. Wegen einer fehlenden Prozeßhandlungsvoraussetzung bei dessen Bestellung, nämlich mangels Bestellungsbefugnis der Bestellenden, ist dieser allerdings nie wirksam Schiedsrichter geworden. Der Rechtsbehelf wäre deshalb nicht statthaft:<sup>362</sup> Das Beendigungsverfahren hat zum Rechtsschutzziel allein die Gestaltungserklärung der Beendigung eines Schiedsrichteramts. Voraussetzung dafür, daß ein Schiedsrichteramt besteht, ist aber jedenfalls eine wirksame Bestellung des Schiedsrichters, an der es hier gerade fehlte. Es besteht im Beendigungsverfahren auch kein Bedürfnis, eine Feststellungsentscheidung des Gerichts dahingehend zuzu-

256

<sup>362</sup> Vgl. RdNr. 283 ff.

lassen, das Schiedsrichteramt sei nicht wirksam begründet worden. Denn das eigentliche Rechtsschutzziel der Bestellung eines Ersatzschiedsrichters ist in jeder Konstellation im Ersatzbestellungsverfahren zu erreichen und für die abstrakte rechtliche Feststellung der Unwirksamkeit einer Bestellung besteht als reiner Rechtsauskunft kein Feststellungsinteresse: Fehlen Parteivereinbarungen für die Bestellung, greift das Ersatzbestellungsverfahren nach § 1035 Abs. 3 ZPO. Es kann sogleich beantragt werden, einen Ersatzschiedsrichter zu bestellen. Liegt bereits eine (unwirksame) Bestellung vor, ist deren Wirksamkeit als Vorfrage vom Gericht zu klären. Kommt das Gericht zu der Auffassung, daß die Bestellung tatsächlich wegen des Fehlens einer Prozeßhandlungsvoraussetzung, zum Beispiel mangels Bestellungsbezugnis, unwirksam war, bedarf es keiner Beendigung des nicht bestehenden Schiedsrichteramtes, und es kann sogleich ein Ersatzschiedsrichter bestellt werden. Bestehen hingegen konstituierungsbezogene Parteivereinbarungen, ist das Ersatzbestellungsverfahren nach § 1035 Abs. 4 ZPO einschlägig. Dann kann die erforderliche Maßnahme unter Umständen die Feststellung der Unwirksamkeit der Bestellung sein, wenn dafür ein besonderes Feststellungsinteresse besteht und die Parteivereinbarung zur Sicherung der Bestellung geeignete Regelungen vorsieht. In beiden Ersatzbestellungsverfahren kann es ratsam sein, hilfsweise die Beendigung des Schiedsrichteramts zu beantragen, falls das Gericht zu der Auffassung gelangt, die Bestellung sei doch wirksam – aber möglicherweise anfechtbar – gewesen, und sich deshalb an der Ersatzbestellung gehindert sieht.

- 257 Ist der Antrag auf Ersatzbestellung oder Anordnung einer sonstigen Maßnahme im Ersatzbestellungsverfahren unbegründet, ist der Antrag als unbegründet zurückzuweisen („Der Antrag vom ... wird als unbegründet zurückgewiesen.“), bei Unzulässigkeit als unzulässig zu verwerfen („Der Antrag vom ... wird als unzulässig verworfen.“).<sup>363</sup>

### 3. Nebenentscheidungen

- 258 Nebenentscheidungen sind die Kostengrundentscheidung und der Streitwertbeschluß, der in der Regel im Beschluß zur Hauptsache enthalten ist, vgl. § 25 Abs. 2 Satz 1 GKG. Ein Auspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit erübrigt sich: Soweit es sich, wie im Regelfall, um Gestaltungsentscheidungen handelt, haben diese keinen vollstreckungsfähigen Inhalt. Gleiches gilt für ausnahmsweise Feststellungsentscheidungen. Leistungsentscheidungen scheiden von vornherein aus, da sie mangels Ermächtigungsgrundlage nicht für vollstreckbar erklärt

---

<sup>363</sup> So jedenfalls die zweckmäßige und gebräuchliche Terminologie der Beschlüsse im staatlichen Zivilprozeß, vgl. *Schellhammer*; Zivilprozeß, 11. Aufl., Rdnr. 1096.

werden können.

#### a) **Kostengrundentscheidung**

Für die Kostengrundentscheidung sieht das 10. Buch der ZPO keine speziellen Regeln vor. 259  
 Sie erfolgt deshalb analog §§ 91 ff. ZPO. Keine Probleme ergeben sich bei Bestellung eines beisitzenden Schiedsrichters für die Antragsgegnerseite oder Anordnung einer Maßnahme für diese: Die Antragsgegnerseite hat die Kosten dann analog § 91 Abs. 1 ZPO zu tragen. Ebenfalls ist die Kostenfolge eines Zurückweisungsbeschlusses stets analog § 91 Abs. 1 ZPO eindeutig.

Schwierigkeiten macht eine schematische Entscheidung analog § 91 Abs. 1 ZPO bei Stattgabe 260  
 eines Antrags auf Bestellung eines Einzelschiedsrichters oder des Vorsitzenden. Denn hatten beide Parteien Bestellungsbefugnis, wurde die Bestellung auch für beide Parteien vorgenommen. Man wird hier schwerlich auf die Parteirolle abstellen können, so daß die Antragstellerseite kostenmäßig obsiegt, weil sie mit ihrem prozessualen Begehren durchdringt. Dies würde lediglich zu einem Wettlauf der Antragsobliegenheit führen, der einer Einigung der Parteien bei Ausschöpfen der Bestellungsfristen zuwiderläuft. Es könnte allerdings von der Antragsgegnerseite zur Vermeidung der alleinigen Kostentragungspflicht verlangt werden, sich dem Antrag auf Bestellung „anzuschließen“. Dafür spräche, daß die Antragsgegnerseite erst damit ihr prozessuales Interesse an der gerichtlichen Entscheidung anzeigt. Dies zur Voraussetzung der Vermeidung einer Kostentragungspflicht zu machen, erscheint deshalb nicht sachgerecht, weil die Zulässigkeit des Antrags jedenfalls nicht unproblematisch ist, da ein identischer Antrag bereits rechtshängig ist. Ein Anschließen stellt sich deshalb rechtlich als Anerkenntnis dar, was zu einer Kostenentscheidung entweder nach § 91 Abs. 1 ZPO, oder nach § 93 ZPO führt und aus dem Wettlauf eine Hängepartie machen würde. Auch darauf abzustellen, welche Partei das Scheitern der einvernehmlichen Bestellung womöglich „verschuldete“, kann unter Kostenaspekten nicht den Ausschlag geben, da lediglich eine prozessuale Obliegenheit zur Vornahme der in diesem Fall mehrseitigen Prozeßhandlung der Bestellung bestand. Eine echte Pflichtverletzung kann also nicht vorgelegen haben. Deshalb ist jedenfalls im Rahmen einer Kostenentscheidung eine schematische Lösung geboten, die im Ergebnis zur Teilung der Kosten gelangt. Die Kostenaufhebung ist dabei der Kostenteilung vorzugswürdig, weil auf diese Weise ein möglicherweise aufwendiges Kostenfestsetzungsverfahren vermieden wird. Auf diese Weise bleiben Ressourcen der als Gerichte des ersten Rechtszugs auch für die Kostenfestsetzung gemäß § 103 Abs. 2 Satz 1 ZPO zuständigen Oberlandesgerichte geschont, denn die Festsetzung allein der geteilten Gerichtskosten ist in der Tat Formsache, die Prüfung der Erstattungsfähigkeit und Ausgleichung der Anwaltskosten muß dies nicht in jedem Fall sein. Die Kostenaufhebung läßt sich auf eine analoge Anwendung des § 92 Abs. 1 Satz 1 ZPO

stützen.

- 261 Eine Analyse der verfügbaren aktuelleren Entscheidungen zeigt, daß die gerichtliche Praxis sehr uneinheitlich ist und die Kostengrundentscheidung selten begründet: Das *OLG Frankfurt a.M.* kam bei der Ersatzbestellung eines Vorsitzenden zur Kostenaufhebung analog § 92 ZPO,<sup>364</sup> ebenso das *OLG Naumburg* bei der Ersatzbestellung eines Einzelschiedsrichters.<sup>365</sup> Das *Bayerische Oberste Landesgericht*<sup>366</sup> kam nach einer Weigerung des allein bestellungsbefugten Präsidenten des Oberlandesgerichts bei der Bestellung aller Schiedsrichter eines Dreier-Schiedsgerichts gemäß § 1035 Abs. 4 ZPO zur Kostenaufhebung analog §§ 91 a Abs. 1, 92 Abs. 1, 98 Satz 1 ZPO mit der Begründung, keine Partei sei im Sinne von §§ 91, 92 ZPO unterlegen. Allein auf eine entsprechende Anwendung des § 92 Abs. 1 ZPO stützt das *OLG München*<sup>367</sup> nunmehr die Kostenaufhebung bei der Bestellung beider beisitzender Schiedsrichter, nachdem sich der zuständige Dritte (eine Kassenärztliche Vereinigung) zur Bestellung außerstande sah; ebenso bei der Bestellung eines Vorsitzenden, nachdem eine Einigung zwischen den beiden bestellten beisitzenden Schiedsrichtern nicht zustande kam.<sup>368</sup> Das *OLG Dresden* legte zuletzt bei der Ersatzbestellung eines Einzelschiedsrichters der Antragsgegnerseite die Kosten nach § 91 ZPO auf,<sup>369</sup> entschied sich wenig zuvor bei einer ebenfalls von beiden Seiten beantragten Bestellung eines Einzelschiedsrichters aber für Kostenteilung (ohne Nennung einer Norm).<sup>370</sup> Das *OLG Köln* legte zuletzt die Kosten für die Bestellung eines Vorsitzenden gemäß § 91 Abs. 1 ZPO der Antragsgegnerseite auf,<sup>371</sup> nachdem derselbe Senat bei der Bestellung eines Einzelschiedsrichters durch analoge Anwendung §§ 93 a, 93 c ZPO noch ein Jahr vorher zur Kostenaufhebung gelangt war.<sup>372</sup>

<sup>364</sup> *OLG Frankfurt a.M.*, Beschl. v. 08.10.2003 – 1 SchH 01/03, DIS-Datenbank, ohne Begründung.

<sup>365</sup> *OLG Naumburg*, Beschl. v. 10.09.2001 – 10 SchH 02/01, DIS-Datenbank, mit der Begründung, die von beiden Seiten beantragte Ersatzbestellung liege im Interesse beider Seiten.

<sup>366</sup> Vgl. *BayObLG*, Beschl. v. 11.11.2004 – 4 Z SchH 08/04, DIS-Datenbank, unter 4. der Gründe: „Die Anrufung des Senats war nicht die Folge einer unterlassenen (aber vertraglich geschuldeten) Mitwirkungshandlung einer Partei, sondern Folge des Umstandes, daß der Schiedsvertrag für eine außergerichtliche Bestellung der Schiedsrichter nur ein einziges Verfahren vorsah, das hier nicht zum Erfolg führte, was keine Partei zu vertreten hat.“

<sup>367</sup> *OLG München*, Beschl. v. 19.01.2007 – 34 SchH 009/06, DIS-Datenbank, unter II. 4: „Die Aufhebung der Kosten rechtfertigt sich aus einer entsprechenden Anwendung des § 92 Abs. 1 ZPO. Daß das vereinbarte Bestellungsverfahren für die beisitzenden Schiedsrichter gescheitert ist, hat keine der Parteien zu vertreten. Alleine der Umstand, daß der Antragsteller die Initiative zur Bestellung der Schiedsrichter ergriffen hat, rechtfertigt es nicht, den Antragsgegner als unterlegene Partei zu behandeln, auch wenn dieser der Bestellung entgegengetreten ist.“

<sup>368</sup> *OLG München*, Beschl. v. 06.11.2006 – 34 Sch 11/06, DIS-Datenbank, unter II. 4. der Gründe.

<sup>369</sup> *OLG Dresden*, Beschl. v. 03.11.2005 – 11 SchH 03/05, DIS-Datenbank, mit der Begründung, die Antragstellerseite habe obsiegt; *OLG Dresden*, Beschl. v. 21.03.2005 – 11 SchH 02/05, DIS-Datenbank, ohne Begründung, trotz Anschließens der Antragsgegnerseite.

<sup>370</sup> *OLG Dresden*, Beschl. v. 07.02.2005 – 11 SchH 01/05, DIS-Datenbank, Begründung: beide Parteien seien gleich verantwortlich für die Nichteinigung.

<sup>371</sup> *OLG Köln*, Beschl. v. 22.07.2003 – 9 SchH 08/03, DIS-Datenbank, ohne Begründung.

<sup>372</sup> *OLG Köln*, Beschl. v. 21.03.2002 – 9 SchH 22/02, DIS-Datenbank, ohne Begründung.



**b) Streitwertbeschuß**

Ebenso weicht die Bestimmung des Streitwerts eines Ersatzbestellungsverfahrens zwischen den verschiedenen Oberlandesgerichten signifikant voneinander ab. Der Gebührenstreitwert bestimmt sich für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten gemäß § 48 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 GKG mangels anderer Bestimmung nach dem Zuständigkeitsstreitwert. Er ist jedoch gemäß § 39 Abs. 2 GKG bei € 30,0 Mio. „gedeckelt“. Der maßgebliche Streitwert ist nach § 3 ZPO nach freiem Ermessen festzusetzen. Ausgangspunkt dafür ist der Hauptsachestreitwert des schiedsrichterlichen Verfahrens. Die Ersatzbestellung dient lediglich dessen Vorbereitung. Deshalb wird vertreten, davon einen pauschalen Abschlag vorzunehmen.<sup>373</sup> Die Gegenauffassung stellt darauf ab, daß ohne die Ersatzbestellung das gesamte Verfahren undurchführbar wäre, also auch der volle Hauptsachestreitwert dem Streitwert der vollen Ersatzbestellung entspricht.<sup>374</sup> Richtigerweise entspricht aber der Streitwert der Ersatzbestellung nur dann dem vollen Hauptsachestreitwert, wenn auch alle Schiedsrichter in diesem Verfahren bestellt werden. Wird lediglich einer von drei Schiedsrichtern bestellt, reduziert sich der Streitwert auf ein Drittel.<sup>375</sup>

262

In der Frage, ob und bejahendenfalls in welcher Höhe ein Abschlag vom Hauptsachestreitwert vorzunehmen ist, differiert die gerichtliche Praxis erheblich: Vom vollen Hauptsachestreitwert gehen aus das *Kammergericht*<sup>376</sup> und das *OLG Hamburg*.<sup>377</sup> Feste Bruchteile nehmen an das *OLG Brandenburg* (ein Fünftel),<sup>378</sup> *OLG Dresden* (ein Drittel),<sup>379</sup>

263

<sup>373</sup> *Herget*, in: Zöller, ZPO, 26. Aufl., § 3 Rdnr. 16 (Stichwort: schiedsrichterliches Verfahren); *Reichold*, in: Thomas/Putzo, ZPO, 27. Aufl., § 1063 Rdnr. 5 (zu schätzender Bruchteil); so auch *OLG Frankfurt a.M.*, Beschl. v. 08.10.2003 – 1 SchH 01/03, DIS-Datenbank; *OLG Naumburg*, Beschl. v. 08.07.2003 – 10 SchH 03/03, DIS-Datenbank (in ständiger Rechtsprechung); *OLG Koblenz*, Beschl. v. 22.10.2001 – 2 SchH 01/01, DIS-Datenbank.

<sup>374</sup> *Münch*, in: Münchener Kommentar, ZPO, 2. Aufl., § 1035 Rdnr. 32; so auch: *OLG Hamburg*, Beschl. v. 22.07.1998 – 14 Sch 02/98, DIS-Datenbank; früher *BayObLG*, Beschl. v. 05.10.2004 – 4 Z SchH 09/04, DIS-Datenbank (in Abkehr von dieser Rechtsprechung geht das *OLG München* im Regelfall nunmehr von einem pauschalen Streitwert von „etwa ein Drittel“ der Hauptsache aus, vgl. *OLG München*, Beschl. v. 19.01.2007 – 34 SchH 009/06, DIS-Datenbank).

<sup>375</sup> *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnr. 574; so ausdrücklich seinerzeit auch: *OLG Dresden*, Beschl. v. 28.02.2001 – 11 SchH 01/01, DIS-Datenbank (die neuere Rechtsprechung des Senats scheint von einer pauschalen 1/3-Regel auszugehen); *OLG Köln*, Beschl. v. 22.07.2003 – 9 SchH 08/03, DIS-Datenbank (ohne Begründung).

<sup>376</sup> *KG*, Beschl. v. 17.03.2003 – 23 Sch 08/03, DIS-Datenbank; *KG*, Beschl. v. 26.06.2002 – 23/29 Sch 16/01, DIS-Datenbank; ebenso seinerzeit zuletzt auch das *BayObLG*, Beschl. v. 05.10.2004 – 4 Z SchH 09/04, DIS-Datenbank (zuvor: circa 1/3 *BayObLG*, Beschl. v. 16.02.2002 – 4 Z SchH 09/01, DIS-Datenbank; kleiner Bruchteil bei Anordnung nach § 1035 Abs. 4 ZPO: *BayObLG*, Beschl. v. 13.05.2002 – 4 Z SchH 04/02, DIS-Datenbank), anders jetzt *OLG München*, Beschl. v. 10.01.2007 – 34 Sch 07/06, DIS-Datenbank, unter III. der Gründe.

<sup>377</sup> *OLG Hamburg*, Beschl. v. 22.07.1998 – 14 Sch 02/98, DIS-Datenbank.

<sup>378</sup> *OLG Brandenburg*, Beschl. v. 24.05.2005 – 11 SchH 1/05, DIS-Datenbank, unter IV. der Gründe.

<sup>379</sup> So zuletzt bei Bestellung eines Einzelschiedsrichters: *OLG Dresden*, Beschl. v. 03.11.2005 – 11 SchH 03/05, DIS-Datenbank; *OLG Dresden*, Beschl. v. 07.02.2005 – 11 SchH 01/05, DIS-Datenbank. Die dazwischen liegende Entscheidung (*OLG Dresden*, Beschl. v. 21.03.2005 – 11 SchH 02/05, DIS-Datenbank) ist ohne Aussage zum Streitwert, davor nahm der Senat unter Bezugnahme auf eine überholte Rechtsprechung des *KG*

*OLG Frankfurt a.M.* (ein Drittel),<sup>380</sup> nunmehr auch *OLG München* (im Regelfall rund ein Drittel),<sup>381</sup> *OLG Celle* (ein Viertel),<sup>382</sup> *OLG Naumburg* (ein Fünftel)<sup>383</sup> und *OLG Koblenz* (in unbestimmter Höhe).<sup>384</sup> Auch das *OLG Hamm*<sup>385</sup> nahm bei allerdings einem Feststellungsantrag als Bruchteil ein Viertel des Hauptsachestreitwerts an. Das *OLG Köln* scheint den vollen Hauptsachestreitwert entsprechend der Anzahl der Schiedsrichter zu reduzieren.<sup>386</sup>

### III. Kosten

- 264 Zu den Kosten des Ersatzbestellungsverfahrens gehören die Gerichtskosten und die erstattungsfähigen Anwaltskosten, die beide vom Streitwert der Bestellung oder sonstigen Maßnahme abhängen.
- 265 Die Gerichtskosten richten sich mangels abweichender gesetzlicher Bestimmung nach der Höhe des Streitwerts, § 3 Abs. 1 GKG, und bestimmen sich gemäß § 3 Abs. 2 GKG nach der Anlage Kostenverzeichnis. An Gerichtskosten entsteht für das Ersatzbestellungsverfahren eine 0,5 Gebühr gemäß §§ 3 Abs. 2, 48 Abs. 1 Satz 1 GKG i.V.m. KV Nr. 1623. Damit ist das Ersatzbestellungsverfahren im Vergleich zu anderen Gerichtsverfahren zwar sehr günstig, verursacht aber dennoch Kosten, die sich durch subsidiäre Bestellungsregelungen vermeiden lassen. Zur Höhe der Gerichtskosten in Höhe jeweils der 0,5 Gebühr folgender Überblick anhand beispielhafter Streitwerte:

einmal 1/10 an (*OLG Dresden*, Beschl. v. 26.10.2004 – 11 SchH 03/04, DIS-Datenbank). Im Jahr 2001 stellte der Senat noch auf den Hauptsachestreitwert ab und reduzierte nach der Anzahl der zu Bestellenden (*OLG Dresden*, Beschl. v. 28.02.2001 – 11 SchH 01/01, DIS-Datenbank; *OLG Dresden*, Beschl. v. 22.02.2001 – 11 SchH 02/01, DIS-Datenbank; *OLG Dresden*, Beschl. v. 07.02.2001 – 11 SchH 03/00).

<sup>380</sup> *OLG Frankfurt a.M.*, Beschl. v. 08.10.2003 – 1 SchH 01/03, DIS-Datenbank.

<sup>381</sup> *OLG München*, Beschl. v. 10.01.2007 – 34 Sch 07/06, DIS-Datenbank, unter III. der Gründe: Unter ausdrücklicher Aufgabe der zunächst fortgeführten Rechtsprechung des *BayObLG* hält der Senat für Nebenverfahren in schiedsrichterlichen Angelegenheiten im Regelfall bei Bestellung und Ablehnung von Schiedsrichtern sowie im Beendigungsverfahren einen Bruchteil des Hauptsachestreitwerts, „nämlich rund ein Drittel“ für angemessen. Zuvor ging der Senat noch vom vollen Hauptsachestreitwert aus, da dem Umstand geringeren Verfahrensaufwandes für Gericht und Parteien bereits in den Gebührensätzen des Kostenverzeichnisses und des Vergütungsverzeichnisses Rechnung getragen sei, so zuletzt *OLG München*, Beschl. v. 06.11.2006 – 34 Sch 11/06, DIS-Datenbank, unter II. 5. der Gründe.

<sup>382</sup> *OLG Celle*, Beschl. v. 15.08.2003 – 8 SchH 04/02, DIS-Datenbank. Bruchteil in unbezeichneter Höhe auch *OLG Celle*, Beschl. v. 30.07.2003 – 8 SchH 01/03, DIS-Datenbank.

<sup>383</sup> Ständige Rechtsprechung: *OLG Naumburg*, Beschl. v. 08.07.2003 – 10 SchH 03/03, DIS-Datenbank; *OLG Naumburg*, Beschl. v. 23.04.2003 – 10 SchH 02/03, DIS-Datenbank; *OLG Naumburg*, Beschl. v. 24.09.2002 – 10 SchH 01/02, DIS-Datenbank; *OLG Naumburg*, Beschl. v. 21.02.2002 – 10 SchH 04/01, DIS-Datenbank; *OLG Naumburg*, Beschl. v. 10.09.2001 – 10 SchH 02/01, DIS-Datenbank (anfänglich unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des KG der 60er Jahr 1/10: *OLG Naumburg*, Beschl. v. 12.11.1999 – 10 Sch (H) 01/99, DIS-Datenbank).

<sup>384</sup> *OLG Koblenz*, Beschl. v. 22.10.2001 – 2 SchH 01/01, DIS-Datenbank.

<sup>385</sup> *OLG Hamm*, Beschl. v. 07.03.2002 – 11 Sch 01/02, DIS-Datenbank, ohne Begründung, ob dies dem Feststellungsbegehren geschuldet war.

<sup>386</sup> *OLG Köln*, Beschl. v. 22.07.2003 – 9 SchH 08/03, DIS-Datenbank. Bei der Versagung der Bestellung von 2 von 5 Schiedsrichtern nahm der Senat allerdings auch 1/3 der Hauptsache an, vgl. *OLG Köln*, Beschl. v. 09.12.2002 – 9 SchH 17/02, DIS-Datenbank.

Streitwert i.H.v.	Gerichtskosten
€ 10.000,00	€ 98,00
€ 50.000,00	€ 228,00
€ 100.000,00	€ 428,00
€ 500.000,00	€ 1.478,00
€ 1.000.000,00	€ 2.228,00
€ 10.000.000,00	€ 15.728,00
€ 30.000.000,00	€ 45.728,00

Zu den Rechtsanwaltskosten zählen dessen Gebühren und Auslagen. Die Rechtsanwaltsgebühren richten sich mangels abweichender Bestimmung nach dem Gegenstandswert, § 2 Abs. 1 RVG, der gemäß § 23 Abs. 1 Satz 1 RVG dem gerichtlichen Streitwert entspricht und wie dieser im Regelfall ebenfalls bei € 30,0 Mio. „gedeckt“ ist, § 22 Abs. 2 Satz 1 RVG. Die Höhe der Gebühren ermittelt sich gemäß § 2 Abs. 2 Satz 1 RVG nach der Anlage Vergütungsverzeichnis (VV RVG). Gemäß § 16 Nr. 10 Alt. 1 RVG ist die Vertretung im schiedsrichterlichen Verfahren und im gerichtlichen Verfahren zur Bestellung eines Schiedsrichters oder Ersatzschiedsrichters sowie über die Schiedsrichterablehnung oder Beendigung eines Schiedsrichteramts dieselbe Angelegenheit. Deshalb entstehen im Ersatzbestellungsverfahren erstattungsfähige Anwaltsgebühren lediglich dann, wenn die Beauftragung eines gesonderten Rechtsanwalts zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendig war, § 91 Abs. 1 ZPO. Die gesonderte Beauftragung eines Rechtsanwalts nur für das Ersatzbestellungsverfahren kann insbesondere in Fällen mit Auslandsbezug notwendig sein, in denen nicht selten ausländische Verfahrensbevollmächtigte tätig werden. In reinen Inlandsfällen werden regelmäßig keine Gebühren erstattungsfähig sein.

266

Beschränkt sich die Tätigkeit des Rechtsanwalts auf die Tätigkeit im Ersatzbestellungsverfahren, entsteht nach Nr. 3327 VV RVG eine 0,75 Verfahrensgebühr. Die Tätigkeit ist trotz des etwas unklaren Wortlauts von der Vorschrift, die § 46 BRAGO entsprechen soll, erfaßt.<sup>387</sup> Zur Höhe der reinen Verfahrensgebühr in Höhe jeweils der 0,75 Gebühr folgender Überblick anhand beispielhafter Streitwerte:

267

Streitwert i.H.v.	Gerichtskosten
€ 10.000,00	€ 364,50

<sup>387</sup> Voit, in: Musielak, ZPO, 5. Aufl., § 1035 Rdnr. 31, m.w.N.

€ 50.000,00	€ 784,50
€ 100.000,00	€ 1.015,50
€ 500.000,00	€ 2.247,00
€ 1.000.000,00	€ 3.372,00
€ 10.000.000,00	€ 23.622,00
€ 30.000.000,00	€ 68.622,00

Wird im Ersatzbestellungsverfahren mündlich verhandelt, fällt zusätzlich eine 0,5 Terminsgebühr nach Nr. 3332 VV RVG an. Außerdem hat der Rechtsanwalt Anspruch auf gesetzliche Auslagenersatzung, die in der Regel pauschal mit € 20,00 gemäß Nr. 7002 VV RVG abgerechnet werden. Wird eine mündliche Verhandlung durchgeführt, sind auch tatsächlich angefallene Reisekosten in der Regel erstattungsfähig, vgl. Nrn. 7003 ff. VV RVG. Der Vergütung ist gemäß Nr. 7008 VV RVG Umsatzsteuer hinzuzusetzen, soweit sie anfällt. Deren Erstattungsfähigkeit setzt voraus, daß Vorsteuerabzugsberechtigung nicht gegeben ist.

## C Nachbestellungsverfahren nach § 1039 Abs. 1 ZPO

Gemäß § 1039 Abs. 1 Satz 2 ZPO erfolgt die Bestellung eines nachzubestellenden Ersatzschiedsrichters nach den Regeln, die auf den zu ersetzenden Schiedsrichter anzuwenden waren. Die Regelung verwirklicht die personelle und verfahrensrechtliche Verfahrensherrschaft der Parteien und beruft im Regelfall zunächst die Parteien, den Ersatzschiedsrichter nach den Regelungen der Parteivereinbarung nachzubestellen. Es gilt das Wiederholungsprinzip.<sup>388</sup> Diese Verfahrensweise stellt sich nur auf den ersten Blick als eindeutig dar: Lief die Bestellung des fortgefallenen Schiedsrichters komplikationslos nach der Parteivereinbarung oder § 1035 Abs. 3 ZPO ab, ergeben sich keine Probleme. Erfolgte die Bestellung aber nach einer subsidiären Regelung der Parteivereinbarung, beispielsweise indem ein Dritter einen beisitzenden Schiedsrichter für die bei der erstmaligen Bestellung nicht mitwirkende Partei bestellte, oder im Ersatzbestellungsverfahren nach § 1035 Abs. 3 oder Abs. 4 ZPO, ist fraglich, ob die für die Nachbestellung maßgebliche Regelung die ursprünglich zunächst vorgesehene, oder die tatsächlich durchgeführte ist.<sup>389</sup> Nach dem Wortlaut des § 1039 Abs. 1 Satz 2 ZPO erfolgt die Bestellung „nach den Regeln, die auf den zu ersetzenden Schiedsrichter anzuwenden waren“. Der zu ersetzende Schiedsrichter ist der konkret weggefallene Schiedsrichter. Deshalb spricht der Wortlaut dafür, auf das für dessen konkrete Bestellung angewendete Verfahren abzustellen. Dafür spricht auch die Formulierung „waren“, denn es heißt nicht: die Bestellung erfolge nach den Regeln, die auf den zu ersetzenden Schiedsrichter anzuwenden gewesen wären; allerdings heißt es auch nicht: angewendet worden sind. Nur das Abstellen auf die konkret durchgeführte Bestellung ist aber dogmatisch konsequent, denn eine Partei hat ihre ursprüngliche Bestellungsbefugnis in dem Zeitpunkt verloren, in dem ein Dritter bestellungsbefugt geworden ist.<sup>390</sup> Für die Vertreter, die Fristen zur Bestellung als Ausschlußfristen auffassen, ist dies bereits mit Fristablauf zwingend; die Gegenauffassung gelangt zum selben Ergebnis mit dem Zeitpunkt, in dem sich der prozessuale Nachteil wegen Versäumung einer Prozeßhandlung verwirklicht.<sup>391</sup> Es ist nicht ersichtlich, auf welcher Grundlage die Bestellungsbefugnis für die Nachbestellung wieder aufleben sollte, denn die erneut Bestellungsbefugnis verleihende Norm, § 1039 Abs. 1 ZPO, nimmt in Satz 2 allein die auf den zu erset-

268

<sup>388</sup> So die treffende Formulierung *Münchs*, in: Münchener Kommentar, ZPO, 2. Aufl., § 1039 Rdnr. 4.

<sup>389</sup> Das Problem wird kaum wahrgenommen und wenn, so nicht vertieft. Für die ursprünglich vorgesehen Regelung: *Münch*, in: Münchener Kommentar, ZPO, 2. Aufl., § 1039 Rdnr. 4; *Schlosser*, in: Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl., § 1039 Rdnr. 2; wohl auch *Voit*, in: Musielak, ZPO, 5. Aufl., § 1035 Rdnr. 13. Für die tatsächlich durchgeführte Regelung: *Schütze*, Schiedsgericht und Schiedsverfahren, 3. Aufl., Rdnr. 48.

<sup>390</sup> Dies übersieht *Münch*, in: Münchener Kommentar, ZPO, 2. Aufl., § 1039 Rdnr. 4, der seine abweichende Auffassung knapp damit begründet, bei mehrstufigen Verfahren sei es sachgemäß, stets von vorn zu beginnen.

<sup>391</sup> Vgl. Rdnr. 241.

zenden Schiedsrichter anwendbaren Regeln in Bezug. Hier wird man noch innerhalb der Wortlautgrenze entgegensetzen können, daß durch § 1039 Abs. 1 Satz 2 ZPO nicht zwangsläufig die Bestellungsregeln des konkreten Schiedsrichters in Person, sondern abstrakt die für den zu ersetzenden Schiedsrichter vorgesehenen Regeln in Bezug genommen sind, womit Bestellungsbezug aus der ursprünglichen Parteivereinbarung folge. Gegen diese Auslegung sprechen aber Sinn und Zweck des gesetzlichen Nachbestellungsverfahrens, denn die Schiedsvereinbarung soll durch das Nachbestellungsverfahren aufrecht erhalten werden<sup>392</sup> und das neue Schiedsgericht möglichst schnell gebildet werden. Das ist jedenfalls gesichert, wenn sogleich das bei der ersten Bestellung erfolgreich durchgeführte Verfahren wiederholt wird. Hat eine Partei einmal obstruiert, kann sie dies dann nicht erneut versuchen. Es ergeben sich so auch keine Probleme des Abwartens von Bestellungsfristen,<sup>393</sup> denn der Dritte kann sofort angerufen werden, da nur er bestellungsbefugt ist.

269 Soweit dieses Ergebnis zu Lasten der Partei geht, die den zu ersetzenden Schiedsrichter zu bestellen gehabt hätte, trifft sie eine Spätfolge der ursprünglich unterbliebenen Mitwirkung. Wenn die andere Partei deshalb bei gerichtlicher Bestellung erneut ein Ersatzbestellungsverfahren einleiten muß, scheint das Wiederholen des konkret bereits durchgeführten Bestellungsverfahrens allerdings auch zu Lasten dieser Partei zu gehen. Die Annahme einer Belastung zeigt sich aber als Irrtum: Will eine Partei eine Wiederholung des Ersatzbestellungsverfahrens einschließlich der damit verbundenen zeitlichen Verzögerung vermeiden, und will die andere Partei nunmehr mitwirken, steht der pragmatischen Lösung einer problemlos nachträglich abzuschließenden, abweichenden Parteivereinbarung gemäß § 1039 Abs. 2 ZPO nichts im Wege. Scheitert eine solche Lösung aufgrund des Verhaltens der ursprünglich nicht mitwirkenden Partei, wäre es ohnehin wieder zum Ersatzbestellungsverfahren gekommen. Deshalb war dessen Einschlägigkeit für die Nachbestellung von vornherein richtig. Unbefriedigend ist allein der seltene Ausnahmefall, in dem die Rollen gewechselt haben, das heißt, die ursprünglich nicht mitwirkende Partei will einen Schiedsrichter bestellen und nunmehr obstruiert die andere, indem sie sich einer nachträglichen Parteivereinbarung verweigert. Dieser Fall ist deshalb selten, weil die ursprünglich nicht mitwirkende Partei stets auf Schiedsbeklagtenseite steht – die Schiedsklägerseite hat das Verfahren selbst eingeleitet. Die Schiedsklägerseite hat in aller Regel Interesse am Verfahrensfortgang, weshalb die Einigung im Regelfall zustande kommen wird. Das Interesse der Schiedsklägerseite kann aber im

<sup>392</sup> Regierungsbegründung des Gesetzentwurfes des Schiedsverfahrens-Neuregelungsgesetzes – SchiedsVfG, BT-Drucks. 13/5274, Begründung zu § 1039 Abs. 1 ZPO, S. 43.

<sup>393</sup> Konsequenz fordert *Münch*, in: Münchener Kommentar, ZPO, 2. Aufl., § 1039 Rdnr. 4, unter Umständen recht lange Wartezeiten abzuwarten, wodurch es zum vorübergehenden Stillstand kommen kann, und deutet an, daß bei mißbräuchlichen Wiederholungen ggf. Verwirkung hilft.

Verlauf des schiedsrichterlichen Verfahrens auch nachgelassen haben, etwa durch aussichtsreiche Widerklagen oder wegen Äußerungen des Schiedsgerichts zur vorläufigen Rechtsauffassung über den Erfolg in der Sache. Will dann die Schiedsbeklagtenseite das Verfahren vorantreiben, wäre es in diesem Ausnahmefall sachgerechter, die ursprünglich nicht mitwirkende Partei könnte die Nachbestellung selbst vornehmen, anstatt sie auf den Weg des Ersatz-Nachbestellungsverfahrens zu verweisen. Von diesem seltenen Ausnahmefall abgesehen, ist es stets sachgerechter, auf die Regeln der tatsächlich bereits durchgeführten Bestellung abzustellen. Dies gilt insbesondere auch in den Fällen, in denen ein im Ersetzungsverfahren wegen eines Konstituierungsübergewichts vom Gericht gemäß § 1034 Abs. 2 ZPO bestellter Schiedsrichter wegfällt und nachzubestellen ist. Es wäre für den Fortgang des schiedsrichterlichen Verfahrens schwierig, wenn die übergewichtige Partei entsprechend der Parteivereinbarung erneut einen Schiedsrichter bestellen könnte und die benachteiligte Partei präklusionsbedroht das Ersetzungsverfahren betreiben müßte, wobei das Schiedsgericht theoretisch noch in der Zwischenzeit einen Schiedsspruch erlassen könnte, § 1034 Abs. 2 Satz 3 ZPO i.V.m. § 1032 Abs. 3 ZPO. In diesem Fall müßte auf die konkret durchgeführte Bestellung des zu ersetzenden Schiedsrichters abgestellt werden. Die seltene Ausnahme des Rollenwechsels bei der Obstruktion vermag deshalb die Auslegung des § 1039 Abs. 1 ZPO dahin, daß stets von ganz vorn zu beginnen ist, nicht zu rechtfertigen. Jedenfalls ist dies nicht sachgerechter als die hier vertretene Lösung, die nochmalige Obstruktion ausschließt, eine schnelle Konstituierung dadurch sichert, daß bei Bestellung durch Dritte diese sogleich tätig werden können und außerdem auch bei Nachbestellungen eines im Ersetzungsverfahren bestellten Schiedsrichters sogleich zur alleinigen Bestellungsbefugnis des Gerichts gelangt. Dieses entscheidet dann im Ersatz-Nachbestellungsverfahren.

Allerdings können die Parteien von vornherein gemäß § 1039 Abs. 2 ZPO etwas anderes vereinbaren. Originär parteivereinbarte Rechtsbehelfe zur Nachbestellung sind jedoch selten. Wiederum bestehen aber solche in der administrierten Schiedsgerichtsbarkeit. Nach Art. 12.4 Satz 1 ICC-VerfO entscheidet der Gerichtshof, ob bei der Ersatzbestellung auf das ursprüngliche Benennungsverfahren zurückgegriffen wird. Dabei kann der Gerichtshof auch von sich aus einen Ersatzschiedsrichter bestellen.<sup>394</sup> Ähnlich ist die Regelung in Art. 11.1 LCIA-VerfO. Dies ist sachgerecht, da die Schiedsgerichtsinstitution im Einzelfall reagieren kann. Ein Rechtsbehelf im eigentlichen Sinn besteht hier für die Partei nicht, sie kann aber eine

270

<sup>394</sup> *Eßer/Moosmayer*, Das Schiedsverfahren nach den Regeln der Internationalen Handelskammer vom 1.1.1998, EuZW 1998, 490, 492; *Derrains/Schwartz*, A Guide to the New ICC Rules of Arbitration, S. 189, weisen darauf hin, daß der Gerichtshof davon nur in Mißbrauchsfällen Gebrauch machen wird, z.B. bei kollusivem Zusammenwirken zwischen Partei und dem von dieser benanntem Schiedsrichter. Ebenso *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnr. 1520.

scheidung anregen. Nach § 18.3 Satz 2 DIS-VerfO gelten für die Ersatzbenennung und -bestellung im Zusammenhang mit einer Ablehnung jedoch immer §§ 12 bis 17 DIS-VerfO entsprechend, so daß eine Entscheidung der Schiedsgerichtsinstitution über die Art und Weise des Nachbestellungsverfahrens hier ausgeschlossen ist. Die Verweisung in § 18.3 DIS-VerfO nimmt außerdem auch § 12 DIS-VerfO ausdrücklich in Bezug, der das ursprüngliche Verfahren zur Benennung des Schiedsrichters regelt.<sup>395</sup> Deshalb ist hier die Frage der anwendbaren Benennungs- und Bestellungsregeln zugunsten der ursprünglich bestehenden entschieden. Entsprechendes gilt für die Beendigung des Schiedsrichteramts aus anderen Gründen, vgl. § 19.1 und 2 DIS-VerfO.

---

<sup>395</sup> Für den Fall der erfolgreichen Ablehnung des von der Klägerseite (nach der Verfahrensordnung bei einem Dreier-Schiedsgericht zwingend) mit der Klageschrift benannten Schiedsrichters weist *Theune*, in: Schütze, Institutionelle Schiedsgerichtsbarkeit, 2006, § 18 DIS-VerfO Rdnr. 15, auf das Fehlen einer ausdrücklichen Regelung hin und regt eine Klarstellung an, kommt aber bereits durch Auslegung des § 18.3 Satz 2 DIS-VerfO als Rechtsfolgenverweisung zum Ergebnis, auch die Klägerseite könne in diesem Fall eine Nachbenennung vornehmen. Anknüpfbar ist auch an die Erwähnung der Klage in dem in § 18.3 Satz 2 DIS-VerfO entsprechend für anwendbar erklärten § 12.1 Satz 1 DIS-VerfO: Ist die Klage unvollständig hat die DIS-Geschäftsstelle die Klägerseite unter Fristsetzung zur Ergänzung aufzufordern, § 6.4 Satz 1 DIS-VerfO. Der Unvollständigkeit könnte der Fall erfolgreicher Ablehnung des Schiedsrichters der Klägerseite gleichgestellt werden, denn die Klageschrift mit der erfolgten Benennung würde nicht zugestellt werden.



## **D Ersatz-Nachbestellungsverfahren nach § 1039 Abs. 1 ZPO**

Das Ersatz-Nachbestellungsverfahren gemäß § 1039 Abs. 1 ZPO i.V.m. § 1035 Abs. 3 oder Abs. 4 ZPO ist ein besonderer Fall des Ersatzbestellungsverfahrens. Haben die Parteien nichts anderes vereinbart, vgl. § 1039 Abs. 2 ZPO, erfolgt bei Erforderlichkeit der Bestellung eines Ersatzschiedsrichters dessen Bestellung nach den Regeln, die auf die Bestellung des zu ersetzenden Schiedsrichters anzuwenden waren, vgl. § 1039 Abs. 1 ZPO. Kommt es im Nachbestellungsverfahren zu Komplikationen und/oder treten Lücken im parteivereinbarten Verfahren auf, wird auf Antrag einer Partei das Gericht auch bei der Bestellung eines Ersatzschiedsrichters unterstützend im Ersatz-Nachbestellungsverfahren tätig. 271

Da das Ersatz-Nachbestellungsverfahren ein spezieller Fall des Ersatzbestellungsverfahrens ist, gelten die Ausführungen dazu im wesentlichen entsprechend.<sup>396</sup> 272

### **I. Gemeinsamkeiten mit dem Ersatzbestellungsverfahren**

Das Ersatz-Nachbestellungsverfahren weist im Hinblick auf das zuständige Gericht<sup>397</sup> und den Antrag keine Unterschiede zum Ersatzbestellungsverfahren auf. Für das Verfahren gelten ebenfalls dieselben Grundsätze. Jedoch werden eine Prüfung der Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung und eine mündliche Verhandlung nur im Ausnahmefall erforderlich sein.<sup>398</sup> Bei der Darlegungs- und Beweislast, der Entscheidung und den Kosten ergeben sich keine Unterschiede. 273

### **II. Unterschiede zum Ersatzbestellungsverfahren**

Wesentliche Unterschiede zum Ersatzbestellungsverfahren nach § 1035 Abs. 3 oder Abs. 4 ZPO sind bei der Statthaftigkeit und dem Prüfungsumfang zu beachten. Eine besondere Zulässigkeitsvoraussetzung kann sich im Hinblick auf die abzuwartende Frist ergeben. Im einzelnen: 274

Statthaft ist das Ersatz-Nachbestellungsverfahren bei Fehlen einer nach § 1039 Abs. 2 ZPO 275

<sup>396</sup> Vgl. Rdnrn. 225 ff. Praktische Fälle sind, soweit ersichtlich, nicht veröffentlicht.

<sup>397</sup> Allerdings kann im Gegensatz zum Ersatzbestellungsverfahren, vgl. Rdnr. 228, die internationale Zuständigkeit im Ersatz-Nachbestellungsverfahren aus § 1025 Abs. 1 ZPO i.V.m. § 1043 Abs. 1 Satz 2 ZPO folgen, da das Schiedsgericht bereits gebildet war und deshalb den Ort des schiedsrichterlichen Verfahrens schon festgelegt haben kann.

<sup>398</sup> Vgl. dazu sogleich Rdnrn. 277.

zulässigen abweichenden Parteivereinbarung gemäß § 1039 Abs. 1 Satz 1 ZPO, wenn das Schiedsrichteramt nach den §§ 1037, 1038 ZPO oder wegen eines „Rücktritts“ oder durch Vereinbarung der Parteien endet. Über die Bezugnahme auf das Beendigungsverfahren nach § 1038 ZPO sind dessen zahlreiche Alternativen der Beendigung mitumfaßt. Ein Ersatz-Nachbestellungsverfahren ist deshalb in allen Fällen statthaft, in denen ein Ersatzschiedsrichter bestellt werden muß und dessen Bestellung gescheitert ist. Endet ein Schiedsrichteramt erst, nachdem ein Schiedsspruch erlassen ist, besteht für das Ersatz-Nachbestellungsverfahren dann kein Rechtsschutzbedürfnis, wenn das Amt des Schiedsgerichts bereits beendet ist. Besteht noch einer der Vorbehalte des § 1056 Abs. 3 ZPO, ist das Ersatz-Nachbestellungsverfahren jedenfalls dann statthaft, wenn die Antragstellerseite eine der vorbehaltenen Entscheidungen des Schiedsgerichts begehrt.

- 276 Hat die Nachbestellung durch eine Partei zu erfolgen, gilt für die abzuwartende Frist, daß die erneut bestellungsbefugte Partei die für die ursprüngliche Bestellung bestehende Frist voll ausschöpfen kann. Dies folgt aus der einschränkungslosen Formulierung „nach den Regeln, die auf die Bestellung des zu ersetzenden Schiedsrichters anzuwenden waren“ in § 1039 Abs. 1 Satz 2 ZPO.<sup>399</sup> Problematisch ist die Bestimmung des Beginns der Frist, wenn der von der Schiedsklägerseite bestellte Schiedsrichter im Ersatz-Nachbestellungsverfahren nachbestellt werden muß.<sup>400</sup> Denn für die Schiedsklägerseite galt im ursprünglichen Bestellungsverfahren keine Frist. § 1035 Abs. 3 Satz 3 Alt. 1 ZPO regelt als allgemeine Voraussetzung für den Beginn der Monatsfrist eine Aufforderung der anderen Partei, den Schiedsrichter zu bestellen. Daraus folgt, daß im Nachbestellungsverfahren die andere Partei zunächst zur Bestellung auffordern muß. Diese Aufforderung und das Verstreichen der Monatsfrist nach deren Zugang ist also besondere Zulässigkeitsvoraussetzung für das Ersatz-Nachbestellungsverfahren bei Ersatzbestellung des von der Schiedsklägerseite nachzubestellenden Schiedsrichters. Dies gilt für alle Fälle des § 1039 Abs. 1 ZPO.<sup>401</sup> Da bei Fehlen einer Parteivereinbarung und nichtgerichtlicher ursprünglicher Bestellung stets eine Monatsfrist abzuwarten ist, kann das Ersatz-Nachbestellungsverfahren im Regelfall nicht in (hilfsweiser) objektiver Klagehäufung mit dem Ablehnungs- oder Beendigungsverfahren durchgeführt werden. Anderes gilt, wenn der nachzubestellende Schiedsrichter bereits gerichtlich bestellt

<sup>399</sup> Zur Problematik, wenn die tatsächliche Bestellung des Nachzubestellenden abweichend von der primären Parteivereinbarung oder in einem Ersatzbestellungsverfahren erfolgte, Rdnrn. 268 ff.

<sup>400</sup> Das Problem wird meist ein akademisches bleiben, da die Schiedsklägerseite in aller Regel ein starkes Interesse am Verfahrensfortgang haben und deshalb von sich aus die Nachbestellung vornehmen wird. Ausgeschlossen ist eine obstruierende Weigerung allerdings dann nicht, wenn die Schiedsklägerseite nach dem bisherigen Verlauf des schiedsrichterlichen Verfahrens oder wegen einer Widerklage das Interesse an der Verfahrensfortsetzung verloren haben sollte.

<sup>401</sup> Auch im Fall des vor dem staatlichen Gericht erfolgreichen Ablehnungsverfahrens, vgl. dazu *OLG Hamburg*, Beschl. v. 28.06.2004 – 11 SchH 01/04, DIS-Datenbank, unter II. 3. der Gründe.

worden war. Da dann allein das Gericht ohne Wartefrist für die Nachbestellung bestellungsbe-  
fugt ist,<sup>402</sup> kann hier das Ablehnungs- oder Beendigungsverfahren mit dem Hilfsantrag ver-  
knüpft werden, bei Erfolg mit dem auf Beendigung des Schiedsrichteramts gerichteten Antrag  
einen Schiedsrichter zu bestellen.

Der Prüfungsumfang im Ersatz-Nachbestellungsverfahren ist in der Regel geringer als im  
Ersatzbestellungsverfahren. Da das schiedsrichterliche Verfahren bei Anhängigkeit des Er-  
satz-Nachbestellungsverfahrens im Regelfall begonnen haben wird und deshalb die Prü-  
fungskompetenz bezüglich der Schiedsvereinbarung bereits beim Schiedsgericht liegt, ist  
deren Wirksamkeit nicht vom Prüfungsumfang des Gerichts umfaßt. Denkbare Ausnahme ist  
allerdings die Konstellation, in der ein Schiedsrichteramt beendet worden ist, bevor das  
Schiedsgericht gebildet wurde. Dann sind im Zeitpunkt der Durchführung des Ersatz-  
Nachbestellungsverfahrens noch nicht alle Schiedsrichter ernannt gewesen, so daß die Argu-  
mente für die Prüfung der Schiedsvereinbarung auf jedenfalls offensichtliche Wirksamkeits-  
hindernisse hin gelten.<sup>403</sup> Entsprechendes gilt zur Durchführung einer mündlichen Verhand-  
lung, die im Regelfall nicht erforderlich sein wird, im Ausnahmefall eines Ersatz-  
Nachbestellungsverfahrens vor der Bildung des Schiedsgerichts allerdings nach dem Rechts-  
gedanken des § 1063 Abs. 2 ZPO nahe liegen kann.<sup>404</sup>

277

---

<sup>402</sup> Vgl. Rdnr. 268.

<sup>403</sup> Vgl. Rdnr. 242.

<sup>404</sup> Vgl. Rdhrn. 245 f.

## Kapitel 6 Rechtsbehelfe bei Konstituierungshindernissen

278 Die beiden Rechtsbehelfe bei Konstituierungshindernissen sind das Beendigungsverfahren gemäß § 1038 Abs. 1 ZPO (Abschnitt A) und das Ersetzungsverfahren gemäß § 1034 Abs. 2 ZPO (Abschnitt B). Im einzelnen:

### A Beendigungsverfahren nach § 1038 Abs. 1 ZPO

279 Das Beendigungsverfahren nach § 1038 Abs. 1 ZPO ist ein rein destruktiver Rechtsbehelf mit dem Ziel, ein Schiedsrichteramt wegen eines schiedsrichterbezogenen oder faktischen Konstituierungshindernisses zu beenden.<sup>405</sup> Ein vorgeschalteter Rechtsbehelf zum Schiedsgericht ist nicht vorgesehen. Das ist folgerichtig, da das Schiedsgericht wegen des schiedsrichterbezogenen Konstituierungshindernisses aus Sicht der Antragstellerseite gerade nicht zu einer Entscheidung in der Lage sein soll. Deshalb ist das Schiedsgericht im Regelfall auch gehindert, das Verfahren fortzusetzen und einen Schiedsspruch zu erlassen, weshalb eine § 1034 Abs. 2 Satz 3 ZPO oder § 1037 Abs. 3 Satz 3 ZPO entsprechende Vorschrift fehlt. Wird der Rechtsbehelf zur Verfahrensverzögerung mißbraucht, ist das Schiedsgericht aber an der Verfahrensfortsetzung nicht gehindert. Dies folgt nicht aus einer analogen Anwendung der genannten Vorschriften,<sup>406</sup> da es an einer Regelungslücke fehlt: Der Rechtsbehelf hat nach der gesetzlichen Ausgestaltung keinen Suspensiveffekt. Weil eine gesetzliche Verfahrensvorschrift für die Folgen der Einleitung des Beendigungsverfahrens fehlt, ist also bei fehlender Parteivereinbarung das Schiedsgericht gemäß § 1042 Abs. 4 ZPO zur Verfahrensregelung nach freiem Ermessen ermächtigt. Da die Verfahrensfortsetzung und erst Recht die Entscheidung, einen Schiedsspruch trotz Einleitung eines Beendigungsverfahrens zu erlassen, wesentliche Verfahrensbestimmungen sind, ist dazu ein Beschluß des Schiedsgerichts erforderlich. Eine auf den Vorsitzenden gemäß § 1052 Abs. 3 ZPO delegierbare einzelne Verfahrensfrage liegt nicht vor, denn die Rechtsfolgen eines erfolgreichen Beendigungsverfahrens haben erhebliche Auswirkungen auf das Verfahren im ganzen und den etwa erlassenen Schiedsspruch: Bei Stattgabe beendet das Gericht das Amt eines Schiedsrichters im Beendigungsverfahren, so daß das Schiedsgericht fehlerhaft gebildet war. Darauf kann die Aufhebung des Schiedsspruchs gemäß § 1059 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. d) ZPO gestützt werden. Deshalb wird ein Schiedsgericht

<sup>405</sup> Vgl. materiellrechtlich zu den schiedsrichterbezogenen Konstituierungshindernissen Rdnrn. 100 ff. und zu den faktischen Konstituierungshindernissen Rdnrn. 154 ff.

<sup>406</sup> So aber *Voit*, in: Musielak, ZPO, 5. Aufl., § 1038 Rdnr. 7; dem folgend *OLG München*, Beschl. v. 20.12.2006 – 34 Sch 17/06, DIS-Datenbank, unter II. 4. d) (4) der Gründe im Verfahren auf Vollstreckbarerklärung sowie wortgleich *OLG München*, Beschl. v. 20.12.2006 – 34 Sch 27/06, DIS-Datenbank, unter II. 4. d) (4) der Gründe betreffend das abgetrennte Verfahren über den Antrag, einen Ergänzungsschiedsspruch aufzuheben.

das schiedsrichterliche Verfahren nur in offensichtlichen Mißbrauchsfällen während eines laufenden Beendigungsverfahrens fortzusetzen beschließen, oder gar einen Schiedsspruch erlassen.

Beendigungsverfahren sehen zum Teil auch die Verfahrensordnungen der administrierten Schiedsgerichtsbarkeit neben Ablehnungsverfahren vor. In der Regel entscheidet die Institution, vgl. zum Beispiel Art. 12.2 und 12.3 ICC-VerfO (mit der Besonderheit, daß der Gerichtshof von sich aus das Verfahren zur Beendigung des Schiedsrichteramts einleiten kann).<sup>407</sup> Art. 10.1 b) LCIA-VerfO stellt das Beendigungsverfahren dem Ablehnungsverfahren gleich (mit der Besonderheit eines Antragsrechts der Mitschiedsrichter). In § 19.1 DIS-VerfO ist hingegen die Regelung des § 1038 Abs. 1 ZPO mit der Zuständigkeit des staatlichen Gerichts übernommen.

280

## I. Verfahrensfragen

Das Beendigungsverfahren weist in allgemeinen Verfahrensfragen eine Reihe von Gemeinsamkeiten mit dem Ersatzbestellungsverfahren nach § 1035 Abs. 3 oder Abs. 4 ZPO auf, indem sich dort bestehende Probleme auch hier stellen und ebenso zu lösen sind. So bestimmt sich die internationale, instanzielle und örtliche Zuständigkeit wie im Ersatzbestellungsverfahren.<sup>408</sup> Die Zuständigkeit der deutschen Gerichtsbarkeit kann zusätzlich aus § 1025 Abs. 1 ZPO i.V.m. § 1043 Abs. 1 Satz 2 ZPO folgen, da bei Einleitung des Beendigungsverfahrens ein Beschluß des Schiedsgerichts über den Verfahrensort bereits gefaßt sein kann. Für den Prüfungsumfang, das Verfahren und die Darlegungs- und Beweislast gelten ebenfalls die im Ersatzbestellungsverfahren dargestellten Grundsätze entsprechend.<sup>409</sup> Besonderheiten bestehen bei der Statthaftigkeit, dem Antrag und den zeitlichen Grenzen.

281

<sup>407</sup> Davon macht der Gerichtshof nur sehr selten Gebrauch, vgl. *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnr. 1518, m.w.N. auch zur Frage, ob darin ein Eingriff in die schiedsrichterliche Unabhängigkeit liege. Dies ist zu verneinen, da eine inhaltliche Kontrolle nicht stattfindet und die Parteien die Möglichkeit haben, ihr Recht, ein Schiedsrichteramt einvernehmlich zu beenden, mit der Wahl einer Verfahrensordnung auf einen Dritten zu übertragen, so *Lachmann*, a.a.O., m.w.N.

<sup>408</sup> Ausführlich Rdnrn. 228 ff.

<sup>409</sup> Vgl. zum Prüfungsumfang Rdnr. 242, allerdings liegt im Regelfall die Kompetenz zur Prüfung der Wirksamkeit und Reichweite der Schiedsvereinbarung beim Schiedsgericht, da dieses bereits gebildet ist; da das Beendigungsverfahren aber auch vor der Bildung des Schiedsgerichts statthaft ist, kann eine Prüfung durch das Gericht wie im Ersatzbestellungsverfahren erfolgen. Zum Verfahren vgl. Rdnrn. 243 ff. und zur Darlegungs- und Beweislast Rdnrn. 247 f.

## 1. Statthaftigkeit

- 282 Ein statthafter Antrag im Beendungsverfahren setzt voraus, daß das Schiedsrichteramt des Betreffenden fortbesteht, daß also das Amt noch nicht auf andere Weise beendet worden ist. Die Statthaftigkeit ist unter zwei Gesichtspunkten problematisch: Zum einen ist zu klären, ob im Beendungsverfahren geltend gemacht werden kann, eine Bestellung sei von vornherein unwirksam gewesen. Zum anderen ist umstritten, ob besondere Voraussetzung des Beendungsverfahrens ist, daß andere Möglichkeiten der Beendigung des Schiedsrichteramts gemäß § 1038 Abs. 1 Satz 1 ZPO zuvor versucht wurden, aber gescheitert sind.
- 283 Die Statthaftigkeit eines Antrags im Beendungsverfahren setzt stets eine wirksame Bestellung des Schiedsrichters voraus: Auf Bestellung abzustellen ist deshalb konsequent, weil Bestellung das Schiedsrichteramt mit Bindungswirkung überträgt und deshalb eine Partei ab diesem Zeitpunkt eine einseitige Beendigung des Schiedsrichteramts nicht mehr bewerkstelligen kann. Die Beendigung des Schiedsrichteramts ist das prozessuale Gegenteil der Bestellung. Ob das Amt auch tatsächlich wirksam angenommen worden ist, bleibt für das Beendungsverfahren irrelevant, weil das Konstituierungshindernis als Beendigungsgrund die Schiedsrichtertätigkeit gerade rechtlich oder faktisch hindert. Tatsächliche fehlerhafte Amtsausübung zu verlangen, machte deshalb keinen Sinn. Außerdem begründet bereits das Konstituierungshindernis selbst eine Gefahr für das schiedsrichterliche Verfahren, indem dadurch das Verfahren verzögert oder mit der rechtlichen Ungewißheit belastet wird, ob ein Fall fehlerhafter Schiedsrichtertätigkeit vorliegt. Deshalb muß ein Schiedsrichter für einen statthaften Antrag im Beendungsverfahren lediglich bestellt sein. Diese Bestellung aber muß auch wirksam sein. Dies folgt aus dem Rechtsschutzziel des Antrags, mit dem vom Gericht die Beendigung des Schiedsrichteramts herbeigeführt werden soll: Ein Schiedsrichter, der schon mangels wirksamer Bestellung nie Schiedsrichter geworden sein kann, bedarf keiner Amtsbeendigung. Deshalb kann im Beendungsverfahren nicht geltend gemacht werden, daß schon eine wirksame Bestellung nicht vorgelegen habe.<sup>410</sup>
- 284 Ein anderes Ergebnis ließe sich nur begründen, wenn weitere Rechtsschutzziele im Beendungsverfahren zugelassen würden, insbesondere die Feststellung, daß jemand nie Schieds-

<sup>410</sup> Da die Beendigung des Schiedsrichteramts das prozessuale Gegenteil der Bestellung ist, bleibt der Antrag auch statthaft, wenn lediglich hinsichtlich der zur Ernennung führenden Annahmeerklärung des Betreffenden Wirksamkeitszweifel bestehen, wenn also z.B. ein im Zeitpunkt der Bestellung Geschäftsunfähiger bestellt worden ist, der die Annahme des Schiedsrichteramts nicht wirksam erklären kann, oder wenn ein Besteller im Sinne eines faktischen Konstituierungshindernisses schon nicht erreichbar ist, bevor er das Schiedsrichteramt überhaupt angenommen hat. In diesen Fällen wäre der Antrag auf Beendigung des Schiedsrichteramts auch begründet.

richter geworden,<sup>411</sup> oder jedenfalls nicht mehr Schiedsrichter ist. Eine Feststellung ist aber nach dem Wortlaut weder zulässig noch aus sonstigen Gründen geboten: Nach dem Wortlaut des § 1038 Abs. 1 Satz 2 ZPO kann jede der Parteien bei Gericht „eine Entscheidung über die Beendigung des Amts beantragen“. Der Rechtsbehelf ist eindeutig als Gestaltungsentscheidung, nicht als Feststellungsentscheidung ausgestaltet, denn soll „über“ die Amtsbeendigung entschieden werden, ist damit die Entscheidung über das konstitutive „Ob“ der Beendigung ausgedrückt. Da das Beendungsverfahren damit allein eine Gestaltungsentscheidung ermöglicht, steht die der Sicherung der verfahrensrechtlichen Verfahrensherrschaft der Parteien dienende Sperrwirkung des § 1026 ZPO gegen die Zulässigkeit einer Feststellungsentscheidung. Dieses Argument wird man nicht damit unterlaufen können, daß eine deklaratorische Feststellung ein Weniger gegenüber der konstitutiven Gestaltung sei, denn sie ist vor allem wesensverschieden: Nur Gestaltungsentscheidungen haben unmittelbare Auswirkung auf die Rechtswirklichkeit und nur sie erfassen auch am Verfahren nicht beteiligte Dritte, hier insbesondere den Schiedsrichter, unmittelbar. Eine Feststellungsklage hat demgegenüber nur Wirkung zwischen den Parteien des Verfahrens. Diese Unterschiede und die Entscheidung der Frage, ob bei Zulässigkeit einer Gestaltungsentscheidung als Minus die Feststellung zulässig ist, können im Ergebnis aber deshalb dahinstehen, weil ein Bedürfnis für die Zulässigkeit der Feststellung im Beendungsverfahren nicht besteht, denn es fehlt an einer Rechtsschutzlücke, wie die folgenden Überlegungen zeigen:

Hat die Partei, die meint, eine sich als Schiedsrichter gerierende Person sei nicht wirksam bestellt worden, für diesen Schiedsrichter selbst Bestellungsbefugnis, besteht der für sie einfachste Weg der Rechtsdurchsetzung in der Bestellung eines neuen Schiedsrichters. Insoweit besteht kein Rechtsschutzbedürfnis für einen Rechtsbehelf. In diesem Fall dürfte zudem schon die Chance einer einvernehmlichen Einigung zwischen den Parteien recht hoch sein, weil die andere Partei ein großes Interesse an einer Klärung haben wird und Obstruktion in Anbetracht des von der anderen Seite bestellten Schiedsrichters unwahrscheinlich ist. Scheitert eine zwischen den Parteien problemlos mögliche „deklaratorische Beendigung“ des Schiedsrichteramts, obliegt es der anderen Partei, die Klärung herbeizuführen. Bei parteivereinbartem Bestellungsverfahren kann sie dazu im Ersatzbestellungsverfahren die Anordnung einer erforderlichen Maßnahme gemäß § 1035 Abs. 4 Alt. 4 ZPO beantragen.<sup>412</sup> Die geeignete Anordnung ist die Feststellung, daß die Bestellung des ursprünglich bestellten Schiedsrichters

285

<sup>411</sup> So aber *Schlosser*, in: Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl., § 1038 Rdnr. 2.

<sup>412</sup> Fehlen Parteivereinbarungen für die Bestellung und erfolgt diese also gemäß § 1035 Abs. 3 ZPO, ist auf diesen Fall die Anordnung der erforderlichen Maßnahme gemäß § 1035 Abs. 4 ZPO analog anzuwenden. Die Voraussetzungen einer Analogie liegen vor, da insoweit eine Rechtsschutzlücke bei vergleichbarer Interessenslage besteht.

wirksam war. Wenn dem nämlich so war, ist die Bestellung des weiteren Schiedsrichters von vornherein unwirksam gewesen, weil die Antragsgegnerseite ihre Bestellungskompetenz im Hinblick auf den ursprünglich bestellten Schiedsrichter wirksam wahrgenommen und damit erschöpft hatte. Es fehlt dann also die Bestellungsbefugnis als Prozeßhandlungsvoraussetzung für die Bestellung des weiteren Schiedsrichters. Die Feststellung der Wirksamkeit der ersten Bestellung ist in dieser Konstellation auch erforderlich, wenn sich der weitere bestellte Schiedsrichter als Schiedsrichter geriert, so daß das besondere Feststellungsinteresse für die Feststellung besteht. War die erste Bestellung allerdings tatsächlich unwirksam, unterliegt die Antragstellerseite mit der begehrten Feststellung. Die Feststellungswirkung der abweisenden Entscheidung klärt dann zwischen den Parteien mittelbar, daß die zweite Bestellung jedenfalls zulässig war. Bezweifelt die Antragstellerseite auch diesbezüglich die Wirksamkeit der Bestellung, kann sie im Ersatzbestellungsverfahren als Anordnung der erforderlichen Maßnahme nach § 1035 Abs. 4 ZPO die Bestellung eines Ersatzschiedsrichters beantragen. Bei Bestellungsbefugnis der Partei, die meint, eine Bestellung sei unwirksam gewesen, besteht also bei der Verneinung der Zulässigkeit der Feststellungsklage im Beendigungsverfahren keine Rechtsschutzlücke.

286 Hat die Partei, die meint, eine sich als Schiedsrichter gerierende Person sei nicht wirksam bestellt worden, für diesen Schiedsrichter keine alleinige Bestellungsbefugnis, obliegt es dieser Partei zunächst, die bestellungsbefugte Person zur Bestellung mit der Begründung aufzufordern, ein Schiedsrichter sei noch nicht wirksam bestellt. Kommt es dann nicht zur wirksamen Bestellung, ist unmittelbar der Antrag auf Ersatzbestellung im Ersatzbestellungsverfahren nach § 1035 Abs. 3 oder Abs. 4 ZPO statthaft. Auch in diesem Fall besteht also keine Rechtsschutzlücke.

287 Damit besteht kein Bedürfnis, im Beendigungsverfahren eine Feststellungsentscheidung zuzulassen. Mit Hilfe des Ersatzbestellungsverfahrens, in dem ausnahmsweise eine Feststellung möglich und vom Wortlaut der Anordnung einer erforderlichen Maßnahme gedeckt ist, lassen sich alle Problemkonstellationen lösen. Außerdem ist zu berücksichtigen, daß sich die Frage nach der Wirksamkeit einer vorgenommenen Bestellung praktisch selten stellen wird: Im Hinblick auf die rein prozeßrechtliche Begründung des Schiedsrichteramts durch die Prozeßhandlung der Bestellung ist diese in aller Regel wirksam. Dies gilt auch dann, wenn in der Person des Bestellten schiedsrichterbezogene Konstituierungshindernisse vorliegen. Denn die Bestellung ist als Prozeßhandlung auch wirksam, wenn der Bestellte rechtlich oder faktisch an der Übernahme eines Schiedsrichteramts gehindert ist. In diesen Fällen ist die Bestellung als Prozeßhandlung lediglich mit dem Rechtsbehelf im Beendigungsverfahren angreifbar. Nur in den sehr seltenen Ausnahmefällen, in denen für die Vornahme der Prozeßhandlung der Bestellung eine Prozeßhandlungsvoraussetzung fehlte, stellt sich das Problem der Unstatthaf-



tigkeit des Beendungsverfahrens überhaupt. Beruft sich eine Partei auf einen solchen Fall, obliegt es ihr, Rechtsschutz auf die beschriebene Weise im Ersatzbestellungsverfahren zu suchen. Da für beide Rechtsbehelfsverfahren vorbehaltlich einer abweichenden Parteivereinbarung dasselbe Gericht zuständig ist, kann die Partei in Zweifelsfällen mit einem Hilfsantrag dafür sorgen, daß ihr Begehren in jedem Fall eine Klärung erfährt.

Teilweise wird ein Beendungsverfahren lediglich dann als statthaft angesehen, wenn der Schiedsrichter zuvor vergeblich zum „Rücktritt“ aufgefordert wurde und/oder die andere Partei ihre Zustimmung zur Beendigung verweigert hat.<sup>413</sup> Beides ist nicht erforderlich: In § 1038 Abs. 1 Satz 2 ZPO heißt es: „Tritt der Schiedsrichter von seinem Amt nicht zurück oder können sich die Parteien über dessen Beendigung nicht einigen, kann jede Partei ... beantragen“. Nach dem Wortlaut stehen damit die drei Möglichkeiten der Beendigung des Schiedsrichteramts gleichberechtigt nebeneinander.<sup>414</sup> Es heißt gerade „oder“ und nicht „und“. Der Wortlaut ist eindeutig. Die Gesetzesbegründung mag eine andere Lesart nicht ausschließen, ist an der maßgeblichen Stelle jedoch undeutlich.<sup>415</sup> Eine ungeschriebene Zulässigkeitsvoraussetzung einzuführen, ist aber vor allem unter Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten nicht angezeigt: In einzelnen Fallgruppen eines schiedsrichterbezogenen Konstituierungshindernisses wäre eine an den Schiedsrichter gerichtete vorherige Aufforderung zur Kündigung nämlich schon rechtlich sinnlos, denn wird die fehlende oder eingeschränkte Geschäftsfähigkeit des Schiedsrichters als Beendigungsgrund geltend gemacht, so wäre auch dessen Kündigung gerade wegen des Beendigungsgrundes unwirksam. Das Erfordernis der vorherigen Aufforderung zur Kündigung liefe in diesem Fall also leer. Gleiches gilt in vielen Fällen eines faktischen Konstituierungshindernisses, in denen der Schiedsrichter unerreichbar oder vorübergehend zum Beispiel wegen Krankheit unansprechbar ist. Auch hier wären einschränkende Ausnahmen erforderlich, die nur zu Folgeproblemen, etwa die Bestimmung angemessener Reaktionsfristen, führten. Eine Aufforderung an den Schiedsrichter ist deshalb keine Zulässigkeitsvoraussetzung für das Beendungsverfahren. Allerdings obliegt es der Antragstellerseite, vor einem Antrag im Beendungsverfahren anzufragen, um damit das Kostenrisiko zu begrenzen, das ihr dann droht, wenn der Schiedsrichter nach Verfahrenseinleitung kündigt. Erklärt sie das Verfahren für erledigt, wird sich die Antragsgegnerseite mit dem Argument

288

<sup>413</sup> Münch, in: Münchener Kommentar, ZPO, 2. Aufl., § 1038 Rdnr. 14 („regelmäßig“ – allerdings ohne Einschränkungen anzugeben); Voit, in: Musielak, ZPO, 5. Aufl., § 1038 Rdnr. 7.

<sup>414</sup> Lachmann, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnr. 640.

<sup>415</sup> Regierungsbegründung des Gesetzentwurfes des Schiedsverfahrens-Neuregelungsgesetzes – SchiedsVfG, BT-Drucks. 13/5274, Begründung zu § 1038 Abs. 1 ZPO, S. 42: „Ist eine Einigung der Parteien über die Beendigung des Schiedsrichteramtes aus den in Absatz 1 Satz 1 genannten Gründen nicht zu erzielen, kann jede Partei gemäß Satz 2 eine gerichtliche Entscheidung über die Beendigung des Schiedsrichteramtes beantragen.“ Es bleibt unklar, ob damit der faktische Verlauf beschrieben, oder eine Zulässigkeitsvoraussetzung angedeutet werden soll.

anschließen, die Antragstellerseite habe eine Obliegenheit verletzt und müsse deshalb die Kosten tragen. Schöpft das Gericht die Möglichkeit der Billigkeitsentscheidung in zumal analoger Anwendung des § 91 a Abs. 1 ZPO aus, dürfte die Kostenentscheidung in diesem Fall jedenfalls dann zu Lasten der Antragstellerseite ausgehen, wenn sie zusätzlich eine Einigung mit der Antragsgegnerseite unversucht gelassen hat. Bei Einleitung des Beendigungsverfahrens ohne den Versuch der einvernehmlichen Beendigung des Schiedsrichteramts zwischen den Parteien, droht außerdem ein Anerkenntnis der Antragsgegnerseite. Geschieht dies sofort im Sinne des § 93 ZPO, hat die Antragstellerseite analog dieser Vorschrift die Verfahrenskosten zu tragen, wenn die Antragstellerseite keinen Anlaß zur Verfahrenseinleitung gegeben hat. Bei fehlendem Einigungsversuch wird dies in der Regel der Fall sein. Schon deshalb, aber auch aus Praktikabilitäts Erwägungen wird die Antragstellerseite zunächst eine Einigung mit der anderen Partei und dem Schiedsrichter suchen.

## 2. Antrag

289 Antragsbefugt sind immer alle Parteien, vgl. den Wortlaut des § 1038 Abs. 1 Satz 2 ZPO: „kann jede Partei ... beantragen“. Schiedsrichter sind nie antragsbefugt.<sup>416</sup> Auf Antragsgegnerseite steht die Gegenseite des schiedsrichterlichen Verfahrens. Solange eine in das Ermessen des Gerichts gestellte mündliche Verhandlung nicht angeordnet worden ist, besteht kein Anwaltszwang.<sup>417</sup>

## 3. Zeitliche Grenzen

290 Der Antrag ist nach dem Wortlaut des § 1038 Abs. 1 Satz 2 ZPO nicht fristgebunden. Eine Präklusion droht anders als im Ersetzungs- und Ablehnungsverfahren nicht. Eine solche folgt auch nicht aus § 1027 ZPO: Danach kann eine Partei, wenn einer unter Parteivorbehalt stehenden Bestimmung des 10. Buches der ZPO oder einer parteivereinbarten Verfahrensregelung nicht entsprochen worden ist, einen ihr bekannten Mangel nicht mehr geltend machen, wenn sie ihn nicht unverzüglich oder innerhalb einer dafür vorgesehenen Frist rügt. Diese Vorschrift ist auf gesetzliche Rechtsbehelfe nicht anzuwenden. Vielmehr folgen die einzelnen Rechtsbehelfe ihren eigenen Präklusionsregelungen, die aus deren jeweiligem Sinn und Zweck zu ermitteln sind.<sup>418</sup>

<sup>416</sup> Münch, in: Münchener Kommentar, ZPO, 2. Aufl., § 1038 Rdnr. 14.

<sup>417</sup> Vgl. Rdnr. 237.

<sup>418</sup> Geimer, in: Zöller, ZPO, 26. Aufl., § 1027 Rdnr. 1; Karl, Die Gewährleistung der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Schiedsrichters, S. 187; vgl. auch Regierungsbegründung des Gesetzentwurfes des Schiedsverfahrens-Neuregelungsgesetzes – SchiedsVfG, BT-Drucks. 13/5274, Begründung zu § 1027 ZPO, S. 33, wo

Aus Sinn und Zweck des Beendungsverfahrens folgt aber, daß eine Präklusion nicht eintritt. Denn es ist zum Beispiel im Hinblick auf die faktischen Konstituierungshindernisse nicht abstrakt bestimmbar, wann eine Verzögerung derart schwer wiegt, daß der Schiedsrichter „seinen Aufgaben in angemessener Frist nicht“ mehr nachkommt, § 1038 Abs. 1 Satz 1 ZPO. Allerdings kann der Antrag bei Vorliegen der Voraussetzungen der Verwirkung als unzulässig zu verwerfen sein.<sup>419</sup> Der Antrag ist nach dem Wortlaut des § 1038 Abs. 1 Satz 2 ZPO auch an keine bestimmte Etappe der Konstituierung gebunden. Als Statthaftigkeitsvoraussetzung hat sich allein eine wirksame Bestellung des betreffenden Schiedsrichters erwiesen. Demnach muß das Schiedsgericht im Zeitpunkt eines Antrags im Beendungsverfahren noch nicht gebildet worden sein. Der Antrag bleibt solange zulässig, bis das Schiedsrichteramt des Betroffenen auf andere Weise beendet worden ist.<sup>420</sup> Solange das Amt des Schiedsgerichts nicht beendet ist, in der Regel also, solange noch einer der Vorbehalte des § 1056 Abs. 3 ZPO besteht, bleibt das Beendungsverfahren statthaft. Auch ein Schiedsspruch macht das Beendungsverfahren nicht unzulässig.<sup>421</sup>

291

## II. Entscheidung

Das Oberlandesgericht entscheidet durch unanfechtbaren Beschluß, §§ 1063 Abs. 1 Satz 1, 1065 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die gerichtliche Beendigung eines Schiedsrichteramts ist bei Stattgabe eine auf Aufhebung eines Prozeßrechtsverhältnisses gerichtete prozessuale Gestaltungsentscheidung,<sup>422</sup> da die Entscheidung des Gerichts unmittelbar Auswirkungen auf die prozessuale Rechtslage zwischen den Parteien hat. Sie bildet deshalb keinen Vollstreckungstitel. Für die Begründung und die Kundgabe der Entscheidung gelten die im Ersatzbestellungsverfahren dargestellten Grundsätze.<sup>423</sup>

292

---

zwar der allgemeine Grundsatz aufgestellt wird, dann jedoch lediglich § 1037 Abs. 3 ZPO und § 1040 Abs. 3 ZPO behandelt werden, ohne auf § 1038 ZPO einzugehen.

<sup>419</sup> So *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnr. 641; *Münch*, in: Münchener Kommentar, ZPO, 2. Aufl., § 1038 Rdnr. 14; *Voit*, in: Musielak, ZPO, 5. Aufl., § 1038 Rdnr. 7. Allgemein zu den engen Voraussetzungen prozessualer Verwirkung *Paulus*, Zivilprozeßrecht, 3. Aufl., Rdnr. 223.

<sup>420</sup> Vgl. zu den verschiedenen Möglichkeiten Rdnrn. 62 ff.

<sup>421</sup> Ausführlich zur parallelen Argumentation im Ablehnungsverfahren, in dem die Frage praktisch eine größere Rolle spielt, Rdnrn. 341 ff.

<sup>422</sup> *Münch*, in: Münchener Kommentar, ZPO, 2. Aufl., § 1038 Rdnr. 14; *Schütze*, Schiedsgericht und Schiedsverfahren, 3. Aufl., Rdnr. 46; so ausdrücklich auch *Voit*, in: Musielak, ZPO, 5. Aufl., § 1038 Rdnr. 2, Fußnote 1 (mißverständlich die Formulierung in Rdnr. 6 „... der dann erfolglose Antrag auf Feststellung der Amtsbeendigung ...“); *OLG München*, Beschl. v. 20.12.2006 – 34 Sch 17/06, DIS-Datenbank, unter II. 4. d) (4) der Gründe.

<sup>423</sup> Ausführlich zur Begründung und zur Kundgabe Rdnrn. 250 f.

293 Im Beendigungsverfahren lautet der Beschlußtenor bei Stattgabe in der Hauptsache:

Das Schiedsrichteramt des Schiedsrichters ... ist beendet.

Damit wird klargestellt, daß die Entscheidung als Gestaltungsentscheidung konstitutiv ist.

294 Die Entscheidung in der angegebenen Form hat konstitutive Wirkung allein für die Zukunft. Fraglich ist, ob eine Rückbeziehung möglich ist, ob also das Gericht das Schiedsrichteramt auch mit Wirkung für einen bestimmten früheren Zeitpunkt beenden kann.<sup>424</sup> Der Wortlaut des § 1038 Abs. 1 ZPO gibt darüber keinen Aufschluß. Auch die Rechtsnatur der Entscheidungsform des Gerichts ergibt keine eindeutige Vorgabe: Grundsätzlich wirken Gestaltungsentscheidungen lediglich in die Zukunft, etwa die Ehescheidung gemäß § 606 Abs. 1 ZPO i.V.m. § 1564 Satz 2 BGB, oder die Ausschließung eines Gesellschafters gemäß § 140 HGB. Allerdings existieren auch zurückwirkende Entscheidungen, denen materiellrechtlich eine Anfechtungskonstellation zugrunde liegt: So sind Erbunwürdigkeitsgründe durch auf den Erbanfall bezogene Anfechtungsklage gemäß §§ 2340, 2342 Abs. 1 BGB geltend zu machen, wobei die Wirkung der Anfechtung gemäß § 2342 Abs. 2 BGB erst mit Rechtskraft des Urteils eintritt, dann jedoch nach § 2344 Abs. 1 BGB Rückwirkung entfaltet. Genauso kann die Anfechtung von Hauptversammlungsbeschlüssen Rückwirkung haben, vgl. § 244 Satz 2 AktG. Die Rückwirkung folgt in diesen Fällen aber stets aus einer speziellen Norm des materiellen Rechts. Sie läßt sich verallgemeinert auf den Rechtsgedanken der materiellrechtlichen Rückwirkung der Anfechtung gemäß § 142 Abs. 1 BGB zurückführen, der der jeweiligen prozessualen Gestaltungsentscheidung zugrunde liegt. Im Zusammenhang mit der Beendigung des Schiedsrichteramts fehlen prozessuale oder materiellrechtliche Vorschriften, die eine Rückwirkung zulassen. Auch lassen sich die im Beendigungsverfahren geltend zu machenden schiedsrichterbezogenen und faktischen Konstituierungshindernisse nicht als materiellrechtliche Anfechtungsgründe auffassen. Ausschlaggebend dafür, lediglich eine Gestaltungsentscheidung mit Wirkung für die Zukunft zuzulassen, ist die Rechtsnatur des dem Schiedsrichteramt zugrunde liegenden Prozeßrechtsverhältnisses: Dieses ist ein Dauerschuldverhältnis. Soweit zulässig, hat selbst die Anfechtung eines Dauerschuldverhältnisses nach allgemeinen Grundsätzen lediglich Wirkung für die Zukunft.<sup>425</sup> Deshalb kann auch die Beendigung des Schiedsrichteramts lediglich mit Wirkung für die Zukunft ausgesprochen werden.

295 Problematisch ist die Entscheidung auch in dem Fall, daß das Beendigungsverfahren wegen

<sup>424</sup> Für allein zukünftige Wirkung, allerdings ohne Problematisierung, *Münch*, in: Münchener Kommentar, ZPO, 2. Aufl., § 1038 Rdnr. 14.

<sup>425</sup> *Mayer-Maly/Busche*, in: Münchener Kommentar, BGB, 4. Aufl., § 142 Rdnr. 15.

eines faktischen Konstituierungshindernisses, etwa wegen unangemessener Verzögerung der Aufgabenerfüllung, eingeleitet wurde und der Schiedsrichter im Verlaufe des Beendigungsverfahrens ankündigt, nunmehr ohne Verzögerung mitzuwirken oder dies sogar tatsächlich bereits getan hat, woraufhin das Schiedsgericht beschlossen hat, das Verfahren fortzusetzen. Nach einer Auffassung läßt dies den Beendigungsgrund nicht für die Zukunft entfallen: Würde der Antrag im Ergebnis erfolglos bleiben, bliebe er doch nicht ohne Auswirkung auf das Vertrauensverhältnis zwischen Antragstellerseite und Schiedsrichter.<sup>426</sup> Dagegen spricht, daß es für die Begründetheit einer Gestaltungsentscheidung auf den Zeitpunkt der Entscheidung des Gerichts ankommt. In diesem Zeitpunkt aber besteht das Konstituierungshindernis in den genannten Fällen nicht mehr. Deshalb scheidet die Beendigung des Schiedsrichteramts aus dogmatischen Gründen aus. Der Antragstellerseite obliegt die Erledigungserklärung.

Ist der Antrag unbegründet, wird er als unbegründet zurückgewiesen, bei Unzulässigkeit als unzulässig verworfen. Erledigt sich der Antrag durch Einigung der Parteien nach Einleitung des Beendigungsverfahrens oder Kündigung des Schiedsrichters, obliegt der Antragstellerseite die Erledigungserklärung mit dem Ziel der Kostenentscheidung analog § 91 a ZPO, bei Nichtanschießen die Umstellung auf Feststellung der Erledigung.

296

Die Nebenentscheidungen sind die Kostengrundentscheidung und der Streitwertbeschluß. Die Kostengrundentscheidung macht im Gegensatz zum Ersatzbestellungsverfahren in keiner Konstellation Schwierigkeiten: Im Regelfall ist analog § 91 Abs. 1 ZPO zu entscheiden. Dies gilt auch dann, wenn der stattgebende Beschluß genauso im Interesse der Antragsgegnerseite ergeht, denn die Antragsgegnerseite hat bei Notwendigkeit einer streitigen Sachentscheidung ihre Mitwirkung an einer einvernehmlichen Beendigung des Schiedsrichteramts gemäß § 1038 Abs. 1 Satz 1 ZPO a.E. unterlassen und trägt daher die Kosten. Anders ist lediglich bei einem sofortigen Anerkenntnis zu entscheiden: Hat die Antragstellerseite den Rechtsbehelf erhoben, ohne daß sich die Antragsgegnerseite geweigert hat, an einer einvernehmlichen Beendigung des Schiedsrichteramts mitzuwirken, hat die Antragsgegnerseite keine Veranlassung für den Rechtsbehelf gegeben. Erkennt die Antragsgegnerseite den geltend gemachten Anspruch dann sofort an, fallen die Verfahrenskosten der Antragstellerseite analog § 93 ZPO zur Last. Auf der Kostenebene kommen die Vertreter der Ansicht, die das Scheitern einer einvernehmlichen Beendigung des Schiedsrichteramts als Zulässigkeitsvoraussetzung ansehen, zum gleichen Ergebnis: Dann wäre der Antrag als unzulässig mit der Kostenfolge analog § 91 Abs. 1 ZPO zu verwerfen.

297

<sup>426</sup> Schlosser, in: Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl., § 1038 Rdnr. 5; Voit, in: Musielak, ZPO, 5. Aufl., § 1038 Rdnr. 6.

298 Für die Bestimmung des Streitwerts gelten die Grundsätze des Ersatzbestellungsverfahrens entsprechend.<sup>427</sup> Die Entscheidung über die Beendigung des Schiedsrichteramts ist Voraussetzung einer Entscheidung des Schiedsgerichts in der Hauptsache, so daß sie deren Gegenstandswert hat. Wird allerdings lediglich über die Beendigung des Schiedsrichteramts eines einzelnen von mehreren Schiedsrichtern entschieden, ist ein quotaler Abschlag vorzunehmen. Die Praxis bietet nur wenige Beispiele: In der Entscheidung des *OLG Köln*,<sup>428</sup> mit der es die Beendigung des Amts eines von drei Schiedsrichtern zurückwies, wurde der Streitwert ohne Begründung auf ein Drittel des Hauptsachestreitwerts von € 116,0 Mio. festgesetzt. Ebenso verfuhr das *OLG Hamm*<sup>429</sup> in gleicher Verfahrenskonstellation mit der kurzen Begründung „die Wertfestsetzung richtet sich nach § 3 ZPO (hier: angemessen 1/3 der Hauptsache).“ Das *OLG München*<sup>430</sup> nahm unter Verweis auf seine ursprüngliche – inzwischen jedoch geänderte – Rechtsprechung wie im Ersatzbestellungs- und Ablehnungsverfahren den vollen Hauptsachestreitwert an.

### III. Kosten

299 Die Kosten des Beendigungsverfahrens entsprechen im Ergebnis denen des Ersatzbestellungsverfahrens.<sup>431</sup> An Gerichtskosten entsteht die 0,5 Gebühr hier gemäß §§ 3 Abs. 2, 48 Abs. 1 Satz 1 GKG i.V.m. KV Nr. 1624. Bei den Anwaltskosten ergeben sich keine Unterschiede zum Ersatzbestellungsverfahren.

<sup>427</sup> Vgl. ausführlich zum Streitwert Rdnrn. 262 f.

<sup>428</sup> *OLG Köln*, Beschl. v. 11.04.2003 – 9 SchH 27/02, DIS-Datenbank (die Entscheidung erging noch vor Einführung der „Deckelung“ bei € 30,0 Mio.). Im Ersatzbestellungsverfahren schien der Senat dem quotalen Abschlag zuzuneigen, vgl. Rdnr. 263.

<sup>429</sup> *OLG Hamm*, Beschl. v. 18.09.2003 – 17 SchH 07/03, DIS-Datenbank. In der soweit ersichtlich einzigen Entscheidung des Senats im Ersatzbestellungsverfahren wurde als Streitwert ein Viertel angenommen, wobei es sich allerdings um eine Feststellungsentscheidung handelte, vgl. Rdnr. 263.

<sup>430</sup> *OLG München*, Beschl. v. 23.10.2006 – 34 Sch 08/06, DIS-Datenbank, unter II. 3. der Gründe; zur geänderten Rechtsprechung vgl. Fußnote in Rdnr. 263.

<sup>431</sup> Ausführlich zu den Gerichtskosten Rdnr. 265 und zu den Anwaltskosten Rdnrn. 266 f.

## **B Ersetzungsverfahren nach § 1034 Abs. 2 ZPO**

Das Ersetzungsverfahren nach § 1034 Abs. 2 ZPO steht bei Vorliegen eines Konstituierungs- 300  
übergewichts als schiedsgerichtsbezogenem Konstituierungshindernis zur Verfügung. Es ist  
ein jedenfalls konstruktiver konstituierungsbezogener Rechtsbehelf, da das Gericht bei Statt-  
gabe in jedem Fall eine Schiedsrichterbestellung vorzunehmen hat. Insoweit ist es ein Unter-  
fall des Ersatzbestellungsverfahrens, mit dem es daher eine Reihe verfahrensrechtlicher Ge-  
meinsamkeiten hat. Gegebenenfalls ist mit dem Ersetzungsverfahren aber auch ein  
destruktiver Rechtsbehelf verbunden: Wenn bereits Schiedsrichter bestellt sind, kann es er-  
forderlich sein, deren Amt zu beenden. Insoweit weist es Gemeinsamkeiten mit dem Beendi-  
gungsverfahren auf.

Ein vorgeschalteter Rechtsbehelf zum Schiedsgericht ist im Ersetzungsverfahren nicht vorge- 301  
sehen. Das ist folgerichtig, da das Schiedsgericht bei einem Konstituierungsübergewicht in  
jedem Fall fehlerhaft gebildet ist. Vor allem ist der Rechtsbehelf aber bereits vor der Bildung  
des Schiedsgerichts statthaft, so daß ein Rechtsbehelf zum Schiedsgericht, zumal in diesem  
frühen Verfahrensstadium, das Verfahren nicht fördern würde. Um Verzögerung vorzubeugen,  
kann das Schiedsgericht allerdings trotz eines Antrags im Ersetzungsverfahren das schieds-  
richterliche Verfahren gemäß § 1034 Abs. 2 Satz 3 ZPO i.V.m. § 1032 Abs. 3 ZPO fortsetzen  
und einen Schiedsspruch erlassen. Da Rechtsfolge eines Konstituierungsübergewichts aller-  
dings die Beendigung des Schiedsrichteramts und Bestellung eines Ersatzschiedsrichters  
durch das Gericht – gegebenenfalls auch im Hinblick auf mehrere Schiedsrichter – ist, war  
das einen Schiedsspruch erlassende Schiedsgericht dann fehlerhaft gebildet. Darauf kann die  
Aufhebung des Schiedsspruchs gemäß § 1059 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. d) ZPO gestützt werden.  
Deshalb wird ein Schiedsgericht nur in offensichtlichen Mißbrauchsfällen oder bei offensicht-  
licher Fristversäumnis der Antragstellerseite das schiedsrichterliche Verfahren während eines  
laufenden Ersetzungsverfahrens fortsetzen oder gar einen Schiedsspruch erlassen.

### **I. Verfahrensfragen**

Da das Ersetzungsverfahren notwendig eine Ersatzbestellung zum Ziel hat und deshalb ein 302  
Unterfall des Ersatzbestellungsverfahrens ist, stellen sich dort bestehende Probleme wieder-  
um auch hier und sind ebenso zu lösen: So bestimmt sich die internationale, instanzielle und

örtliche Zuständigkeit wie im Ersatzbestellungsverfahren.<sup>432</sup> Die Zuständigkeit der deutschen Gerichtsbarkeit kann zusätzlich aus § 1025 Abs. 1 ZPO i.V.m. § 1043 Abs. 1 Satz 2 ZPO folgen, da bereits bei Einleitung des Ersetzungsverfahrens ein Beschluß des Schiedsgerichts über den Verfahrensort gefaßt sein kann. Selbst wenn ein Konstituierungsübergewicht besteht, wäre dieser Beschluß im Zeitpunkt der Einleitung des Ersatzbestellungsverfahrens wirksam und ist somit ein tauglicher Anknüpfungspunkt. Wird ein Schiedsrichter ersetzt, hat das Schiedsgericht alle wesentlichen Verfahrensschritte zu wiederholen, wozu dann auch die erneute Bestimmung des Verfahrensortes gehört. Das Verfahren entspricht dem des Ersatzbestellungsverfahrens.<sup>433</sup> Bei den übrigen Prüfungspunkten bestehen Besonderheiten.

## 1. Statthaftigkeit

- 303 Ein statthafter Antrag im Ersetzungsverfahren setzt voraus, daß die Antragstellerseite begehrt, den oder die Schiedsrichter abweichend von der erfolgten Ernennung oder der vereinbarten Ernennungsregelung zu bestellen, weil die konstituierungsbezogene Parteivereinbarung zu ihren Lasten ein Konstituierungsübergewicht enthält.<sup>434</sup>

## 2. Antrag

- 304 Antragsbefugt ist nach dem klaren Wortlaut allein die Partei, zu deren Lasten das Konstituierungsübergewicht besteht,<sup>435</sup> vgl. § 1034 Abs. 2 Satz 1 ZPO: „Gibt die Schiedsvereinbarung einer Partei ... ein Übergewicht, das die andere Partei benachteiligt, kann diese Partei bei Gericht beantragen ...“. Daraus kann sich für die potentielle Antragsgegnerseite des Ersetzungsverfahrens dann ein Problem ergeben, wenn sie selbst meint, zu ihren Gunsten bestehe nach der Parteivereinbarung ein Konstituierungsübergewicht. Dies kann auf besserer Einsicht beruhen, oder zum Beispiel darauf, daß sie als Zessionarin eines Anspruchs an eine Schiedsvereinbarung gebunden ist, an deren Gestaltung sie gar nicht mitgewirkt hat. Will die potentielle Antragsgegnerseite den im Konstituierungsübergewicht liegenden potentiellen Verfahrensverstoß verhindern, kann sie dies nur durch eine Einigung mit der anderen Partei, also durch eine einvernehmliche Abänderung der konstituierungsbezogenen Parteivereinbarung erreichen. Denn steht die Partei auf Schiedsklägerseite, und wirkt die potentielle Antragstellerseite an einer einvernehmlichen Bestellung nicht mit, bleibt der potentiellen Antragsgeg-

<sup>432</sup> Ausführlich Rdnrn. 228 ff.

<sup>433</sup> Vgl. zum Verfahren Rdnrn. 243 ff.

<sup>434</sup> Vgl. materiellrechtlich zum schiedsgerichtsbezogenen Konstituierungshindernis des Konstituierungsübergewichts Rdnrn. 131 ff.

<sup>435</sup> Münch, in: Münchener Kommentar, ZPO, 2. Aufl., § 1034 Rdnr. 9.



nerseite nichts übrig, als die Schiedsrichter entsprechend der Parteivereinbarung zu bestellen: Die potentielle Antragsgegnerseite ist nach dem Wortlaut des § 1034 Abs. 2 Satz 1 ZPO im Ersetzungsverfahren von vornherein und im Ersatzbestellungsverfahren nach § 1035 Abs. 4 ZPO deshalb nicht antragsbefugt, weil sie selbst Bestellungsbefugnis für die zu bestellenden Schiedsrichter hat. Ein Ausweichen auf die subsidiären gesetzlichen Regeln der Schiedsrichterbestellung gemäß § 1035 Abs. 3 ZPO scheidet deshalb aus, weil die ein Konstituierungsübergewicht enthaltene Regelung nicht unwirksam ist und als Parteivereinbarung Vorrang beansprucht. Für die potentielle Antragsgegnerseite stellt es keinen Ausweg dar, einen neutralen Dritten um die Bestellung zu bitten. Denn diesen kann sie nicht eigenmächtig auch mit Wirkung gegenüber der potentiellen Antragstellerseite zum Dritten bestimmen, weil die Übertragung der Bestellungsbefugnis auf einen Dritten die Parteivereinbarung abändern würde. Auch die Bestellung durch einen neutralen Dritten bliebe also rechtlich eine Bestellung der Partei, zu deren Gunsten ein Konstituierungsübergewicht besteht. Auf entsprechenden Antrag der anderen Partei hin müßten die Schiedsrichter vom Gericht zwingend abweichend bestellt werden, weil ein „Ersetzungsermessen“ nicht besteht. Die Erforderlichkeit „doppelter“ Bestellung ist also durch die „geläuterte“ Partei auf Schiedsklägerseite nicht zu verhindern. Das gleiche gilt, wenn die potentielle Antragsgegnerseite auf Schiedsbeklagtensteite steht: Dann wird zwar die Chance einer Einigung zwischen den Parteien größer sein, weil die potentielle Antragstellerseite Interesse an der zügigen Konstituierung haben und deshalb wahrscheinlich selbst ein Ersetzungsverfahren nicht anstreben wird. Scheitert eine Einigung dennoch, kann die Partei zwar abwarten und durch „gutwillige Obstruktion“ eine doppelte Bestellung verhindern. Das Ersetzungsverfahren läßt sich aber auch so nicht vermeiden.

Diese Überlegungen sprechen dafür, in analoger Anwendung von § 1034 Abs. 2 Satz 1 ZPO im Ersetzungsverfahren auch einen Antrag für die Partei zuzulassen, zu deren Gunsten das Konstituierungsübergewicht besteht. Die Voraussetzungen der Analogie liegen vor: Es besteht eine Regelungslücke, die zu einer Rechtsschutzlücke führt, denn die Partei hat ohne Mitwirkung der anderen Partei keine Möglichkeit, aus eigener Kraft eine dauerhafte Konstituierung zu bewerkstelligen. Der Schutzzweck der Norm besteht in der Verhinderung eines Konstituierungsübergewichts, was durch die Analogie erreicht werden kann. Die Verhinderung des Konstituierungsübergewichts liegt jedenfalls objektiv genauso im Interesse der potentiellen Antragsgegnerseite. Deshalb sind auch Interessenlage und Schutzrichtung vergleichbar, so daß die Voraussetzungen einer Analogie vorliegen.

305

Auf Antragsgegnerseite steht die Gegenseite des schiedsrichterlichen Verfahrens. Der Antrag muß inhaltlich darauf gerichtet sein, einen (oder mehrere) Schiedsrichter abweichend von der Parteivereinbarung oder der erfolgten Ernennung zu bestellen, vgl. § 1034 Abs. 2 Satz 1 ZPO. Sind noch keine Schiedsrichter bestellt, reicht ein Antrag auf abweichende Bestellung aus.

306

Sind bereits Schiedsrichter bestellt, muß die Antragstellerseite eventuell konkret bezeichnen, welche Schiedsrichter ersetzt werden sollen.

307 Solange eine in das Ermessen des Gerichts gestellte mündliche Verhandlung nicht angeordnet worden ist, besteht auch im Ersetzungsverfahren kein Anwaltszwang.<sup>436</sup>

### 3. Zeitliche Grenzen

308 Die zeitlich äußerste Grenze für den Antrag im Ersetzungsverfahren regelt § 1034 Abs. 2 Satz 2 ZPO ausdrücklich: Der Antrag ist spätestens bis zum Ablauf von zwei Wochen, nachdem der Antragstellerseite die Zusammensetzung des Schiedsgerichts bekannt geworden ist, zu stellen. Angeknüpft wird also an den schiedsgerichtsbezogenen Zeitpunkt der Zusammensetzung des Schiedsgerichts, der aus Sicht der Antragstellerseite dann erreicht ist, wenn mindestens alle Schiedsrichter ernannt sind, für die der Antragstellerseite Bestellungsbefugnis fehlt.<sup>437</sup> Der Antrag im Ersetzungsverfahren ist damit gesetzlich präklusionsbedroht.<sup>438</sup> Die Frist für den gerichtlichen Rechtsbehelf ist als gesetzliche Nicht-Notfrist im Hinblick auf § 224 Abs. 1 Satz 1 ZPO durch Parteivereinbarung nicht verlängerbar, allerdings grundsätzlich abkürzbar.<sup>439</sup> Es ist allerdings zweifelhaft, ob eine Abkürzung mit dem Schutzzweck der Norm vereinbar ist, oder bereits einer unzulässigen faktischen Abbedingung des unabdingbaren Rechtsbehelfs gleichkommt und deshalb unbeachtlich wäre. Die Unzulässigkeit einer Verkürzung indiziert eine ablehnungsrechtliche Rechtsprechung, die durch Parteivereinbarung einbezogenen Klauseln einer Schiedsgerichtsordnung, nach der eine Ablehnung unverzüglich zu erklären war, unter Bezugnahme auf § 121 BGB so auslegte, daß eine Geltendma-

<sup>436</sup> Näher Rdnr. 237.

<sup>437</sup> Zur Herleitung ausführlich Rdnrn. 71 ff. Nach dem mitgeteilten Sachverhalt unklar, ob der Antrag unter dieser Prämisse bereits verfristet war: *KG* Beschl. v. 21.04.2004 – 23 Sch 04/03, DIS-Datenbank: Die Parteivereinbarung aus dem Jahr 2001 sah vor, daß jede Partei einen Schiedsrichter bestellt und benannte den Vorsitzenden bereits namentlich. Die Antragstellerin des Ersetzungsverfahrens bestellte einen Schiedsrichter am 23.01.2003 und beantragte die Ersetzung des Vorsitzenden am 25.01.2003. Es ist nicht mitgeteilt, wann die Antragsgegnerin einen Schiedsrichter bestellte und ob dieser und der Vorsitzende bereits ernannt waren. Das *KG* gab dem Antrag mit dem Argument statt, es sei irrelevant, daß die Antragstellerin Kenntnis vom zu Ersetzenden bereits seit Abschluß der Parteivereinbarung hatte; entscheidend sei die Kenntnis der Namen aller Schiedsrichter. Unabhängig von einem hier anderen Verständnis des Zeitpunkts der Zusammensetzung des Schiedsgerichts stellt sich die Frage, ob der Name des von der Antragstellerin ausgewählten Schiedsrichters dieser nicht bereits viel früher bekannt war, wozu Ausführungen fehlen. Der Entscheidung *OLG Hamburg*, Beschl. v. 27.03.2006 – 6 Sch 02/06, DIS-Datenbank, läßt sich bei einem (mit materieller Begründung zurückgewiesenen) Antrag, das wohl gesamte Schiedsgericht zu ersetzen, ebenfalls nicht entnehmen, wie der Fristbeginn bestimmt wurde.

<sup>438</sup> Die Angemessenheit einer Präklusionsregelung für den Fall des Konstituierungsübergewichts wird teilweise kritisiert: *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnr. 577, meint, es sei „lebensfremd“ anzunehmen, die geschützte Partei könne eine sie in einem entscheidenden Punkt des schiedsrichterlichen Verfahrens benachteiligende Regelung, die sie zunächst hingenommen hat, ohne weiteres bei Verfahrenseinleitung korrigieren.

<sup>439</sup> *Münch*, in: Münchener Kommentar, ZPO, 2. Aufl., § 1034 Rdnr. 10.

chung binnen etwa zwei Wochen erforderlich aber auch ausreichend sei.<sup>440</sup> Orientiert man sich daran, würde eine Verkürzung der gesetzlichen Zwei-Wochen-Frist des § 1034 Abs. 2 Satz 2 ZPO unwirksam sein, da mehr als unverzügliches Handeln im Zusammenhang mit einer Schutznorm von der geschützten Partei auch durch abweichende Parteivereinbarung nicht verlangt werden kann.

§ 1034 Abs. 2 Satz 2 ZPO regelt zwar ausdrücklich, bis zu welchem Zeitpunkt der Antrag „spätestens“ zu stellen ist, nicht aber, ab welchem Zeitpunkt der Antrag zulässig ist. Aus der Formulierung „spätestens“ folgt, daß der Antrag schon vor der Zusammensetzung des Schiedsgerichts zulässig ist. Ein konkretes Rechtsschutzbedürfnis hat die Antragstellerseite mit dem Beginn des schiedsrichterlichen Verfahrens gemäß § 1044 Satz 1 ZPO:<sup>441</sup> Danach beginnt das Schiedsgerichtsverfahren vorbehaltlich abweichender Parteivereinbarung mit dem Tag, an dem die Schiedsbeklagtenseite den Antrag empfangen hat, die Streitigkeit einem Schiedsgericht vorzulegen. Mit dem Vorliegen des Vorlegungsantrags kann bereits beurteilt werden, ob ein Konstituierungsübergewicht besteht, da der Vorlegungsantrag gemäß § 1044 Satz 2 ZPO einen Hinweis auf die Schiedsvereinbarung enthalten muß. Mit dem Vorlegungsantrag wird also die Parteivereinbarung, nach der sich die Konstituierung vollziehen soll, ausdrücklich genannt oder ist zumindest bestimmbar. Diese allein reicht für die Beurteilung des Vorliegens des Konstituierungsübergewichts aus, weil es auf die konkrete Bildung des Schiedsgerichts gerade nicht ankommt.<sup>442</sup> Beginnt das schiedsrichterliche Verfahren aufgrund einer Parteivereinbarung vor dem Vorlegungsantrag, etwa mit der Anrufung eines bestellungsbefugten Dritten, ist der Antrag im Ersetzungsverfahren bereits zu diesem früheren Zeitpunkt zulässig. Vor dem Beginn des schiedsrichterlichen Verfahrens aber fehlt das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis, da ohne eine konkrete Streitigkeit zwischen den Parteien eine Überprüfung der Parteivereinbarung auf ein Konstituierungsübergewicht hin entbehrlich ist. Außerdem könnte die Rechtsfolge nicht umgesetzt werden, denn ohne eine konkrete Streitigkeit entfällt die Möglichkeit der Schiedsrichterbestellung.

309

Der Antrag erledigt sich nicht dadurch, daß das Schiedsgericht von der Möglichkeit der Verfahrensfortsetzung gemäß § 1034 Abs. 2 Satz 3 ZPO i.V.m. § 1032 Abs. 3 ZPO Gebrauch macht und selbst dann nicht, wenn das Schiedsgericht einen Schiedsspruch erlassen sollte. Denn besteht ein Konstituierungsübergewicht und bestellt das Gericht Schiedsrichter abwei-

310

<sup>440</sup> Vgl. *OLG Hamburg*, Beschl. v. 12.07.2005 – 9 SchH 01/05, DIS-Datenbank, unter 3. a) der Gründe; *OLG Köln*, Beschl. v. 14.09.2000 – 9 SchH 30/00, DIS-Datenbank.

<sup>441</sup> So auch *Münch*, in: Münchener Kommentar, ZPO, 2. Aufl., § 1038 Rdnr. 9. In der Regel beginnt das schiedsrichterliche Verfahren mit dem sogenannten Vorlegungsantrag, vgl. zu Einzelheiten, insbesondere den Wirkungen: *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnrn. 496 ff.

<sup>442</sup> Vgl. Rdnrn. 146 ff.

chend von der erfolgten Ernennung, war das bisherige Schiedsgericht nicht ordnungsgemäß gebildet. Da die Schiedsvereinbarung nicht unwirksam ist und das schiedsrichterliche Verfahren trotz des Konstituierungshindernisses bereits begonnen hat, ist dieses fortzusetzen. Deshalb besteht das Rechtsschutzbedürfnis für das Ersetzungsverfahren fort. Der etwa bereits erlassene Schiedsspruch unterliegt der Aufhebung gemäß § 1059 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. d) ZPO.<sup>443</sup>

- 311 Die Zwei-Wochen-Frist berechnet sich nach § 222 ZPO i.V.m. §§ 186 ff. BGB: Nach § 187 Abs. 1 BGB i.V.m. § 188 Abs. 2 BGB ist der Stichtag nicht mitzuzählen und nach § 222 Abs. 2 ZPO bzw. § 193 BGB besteht Wochenend- und Feiertagsschutz.<sup>444</sup> Die Frist kann nach allgemeinen Grundsätzen voll ausgeschöpft werden: Präklusion durch rügelose Einlassung im schiedsrichterlichen Verfahren ist in § 1034 Abs. 2 ZPO nicht vorgesehen.<sup>445</sup> Jedenfalls wegen der Bestimmung einer Frist droht dies auch nach § 1027 ZPO nicht,<sup>446</sup> so daß eine Partei eine mündliche Verhandlung taktisch abwarten oder zunächst beenden kann, bevor sie den Antrag im Ersetzungsverfahren stellt. Jedoch ist diese Möglichkeit wegen der kurzen Zwei-Wochen-Frist und deren frühem Beginn praktisch nur sehr eingeschränkt von Relevanz.

#### 4. Prüfungsumfang

- 312 Der Prüfungsumfang betrifft zentral die Frage, ob ein Konstituierungsübergewicht vorliegt. Dafür hat das Gericht die Parteivereinbarungen aus Sicht aller Parteien miteinander daraufhin zu vergleichen, ob zu Lasten der Antragstellerseite ein Konstituierungsübergewicht besteht. Es kommt dabei lediglich auf die primäre Bestellungsvereinbarung an.<sup>447</sup> Außerdem prüft das Gericht wie im Ersatzbestellungsverfahren die Schiedsvereinbarung, wobei sich bei der Prüfungsdichte keine Unterschiede ergeben.<sup>448</sup> Dies ist folgerichtig auch in dem Fall, in dem das

<sup>443</sup> Hartmann, in: Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 65. Aufl., § 1034 Rdnr. 8; Voit, in: Musielak, ZPO, 5. Aufl., § 1034 Rdnr. 9.

<sup>444</sup> Vgl. Münch, in: Münchener Kommentar, ZPO, 2. Aufl., § 1034 Rdnr. 10 i.V.m. § 1037 Rdnr. 6.

<sup>445</sup> Deshalb stellt sich auch bei parallelen Schiedsverfahren die Frage etwaiger sogenannter „verfahrensübergreifender Präklusion“ durch rügeloses Einlassen nicht, für die sich im staatlichen Zivilprozeß der Bundesgerichtshof nunmehr der vermittelnden Ansicht anschloß, ein Verlust des Ablehnungsrechts trete nach rügelosem Einlassen in einem Verfahren für den weiteren Rechtsstreit lediglich unter den einschränkenden Voraussetzungen ein, daß der weitere Rechtsstreit mit jenem Verfahren tatsächlich und rechtlich zusammenhängt, BGH, Beschl. v. 01.06.2006 – V ZB 193/05 (Düsseldorf), BGH-Datenbank, Rdnrn. 11 ff.

<sup>446</sup> Die Anwendbarkeit des § 1027 ZPO auf Rechtsbehelfe ist jedoch schon grundsätzlich zu verneinen, vgl. Rdnr. 290.

<sup>447</sup> Ausführlich Rdnrn. 143 ff.

<sup>448</sup> Vgl. zum Prüfungsumfang Rdnr. 242. Die Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung prüfte das OLG Düsseldorf, Beschl. v. 06.07.1998 – 12 Sch 01/98, DIS-Datenbank, unter III. der Gründe, und wies den unstatthaften Antrag zurück, weil eine Schiedsgutachtenklausel vorlag. Das BayObLG, Beschl. v. 15.12.1999 – 4 Z SchH 06/99, DIS-Datenbank, mit ausführlicher Begründung unter II. 2. b) der Gründe, verwarf den Antrag als unzulässig, weil die Schiedsklage einen Verfahrensgegenstand betraf, der nicht in die Kompetenz des Schiedsgerichts fiel.

Schiedsgericht bereits gebildet worden war, da diese Bildung bei Vorliegen eines Konstituierungsübergewichts gerade fehlerhaft war.

## 5. Darlegungs- und Beweislast

Zur Darlegungs- und Beweislast gelten die im Ersatzbestellungsverfahren erörterten allgemeinen Grundsätze.<sup>449</sup> In Bezug auf die Einhaltung der Frist und damit den Zeitpunkt der Kenntnis der Zusammensetzung des Schiedsgerichts ist wie im schiedsgerichtlichen Ablehnungsverfahren nach § 1037 Abs. 2 Satz 1 ZPO zu verfahren:<sup>450</sup> Die Antragstellerseite hat die Einhaltung der Frist, also den Zeitpunkt ihrer Kenntnis der Zusammensetzung des Schiedsgerichts, darzulegen und zu beweisen, muß dabei jedoch lediglich konkrete objektive Umstände widerlegen, wenn diese auf frühere Kenntnis hindeuten. 313

## II. Entscheidung

Das Oberlandesgericht entscheidet durch unanfechtbaren Beschluß, §§ 1063 Abs. 1 Satz 1, 1065 Abs. 1 ZPO.<sup>451</sup> Es handelt sich bei Stattgabe des Antrags in jedem Fall um eine Gestaltungsentscheidung, da ein Schiedsrichter zu bestellen ist und die Stattgabe also unmittelbar Auswirkungen auf die prozessuale Rechtslage zwischen den Parteien hat. Die Änderung der Anzahl der Schiedsrichter ist nach dem Wortlaut des § 1034 Abs. 2 ZPO ausgeschlossen.<sup>452</sup> Für die Begründung und die Kundgabe der Entscheidung gelten die im Ersatzbestellungsverfahren dargestellten Grundsätze.<sup>453</sup> 314

Wird lediglich ein Schiedsrichter bestellt, lautet der Beschlußtenor bei Stattgabe in der Hauptsache wie im Ersatzbestellungsverfahren: 315

Frau/Herr ... wird als Schiedsrichter bestellt.

Bei Bestellung mehrerer Schiedsrichter ist entsprechend zu tenorieren.

War bereits ein Schiedsrichter bestellt, wird also ein Schiedsrichter im Wortsinn ersetzt, ist 316

<sup>449</sup> Vgl. zur Darlegungs- und Beweislast Rdnrn. 247 f.

<sup>450</sup> Münch, in: Münchener Kommentar, ZPO, 2. Aufl., § 1034 Rdnr. 10, i.V.m. § 1037 Rdnr. 6.

<sup>451</sup> In der Entscheidung *OLG Hamburg*, Beschl. v. 27.03.2006 – 6 Sch 02/06, DIS-Datenbank, ist mitgeteilt, daß der Bundesgerichtshof die dennoch entgegen der klaren gesetzlichen Regelung eingelegte Rechtsbeschwerde als unzulässig verwarf.

<sup>452</sup> Münch, in: Münchener Kommentar, ZPO, 2. Aufl., § 1034 Rdnr. 11 a.E., bezeichnet dies allerdings als „denkbar“.

<sup>453</sup> Ausführlich zur Begründung und zur Kundgabe Rdnrn. 250 f.

der Tenor mit dem des Beendigungsverfahrens zu kombinieren:

Das Schiedsrichteramt des Schiedsrichters X ist beendet. Frau/Herr ... wird als Schiedsrichter bestellt.

Bei der Ersetzung mehrerer Schiedsrichter ist entsprechend zu tenorieren. Kündigt ein bereits bestellter Schiedsrichter, erledigt dies den Antrag auf Ersetzung nicht, weil ein Schiedsrichter dann noch abweichend von der Ernennungsregelung zu bestellen ist. Erledigung tritt lediglich dann ein, wenn sich die Parteien auf die Bestellung der Schiedsrichter einigen, wegen deren Ersetzung das Ersetzungsverfahren eingeleitet worden war.

- 317 Ist der Antrag unbegründet, wird er als unbegründet zurückgewiesen, bei Unzulässigkeit als unzulässig verworfen.
- 318 Die Nebenentscheidungen sind die Kostengrundentscheidung und der Streitwertbeschuß. Die Kostengrundentscheidung macht in keiner Konstellation Schwierigkeiten und ergeht stets analog § 91 Abs. 1 ZPO, bei Erledigung analog § 91 a ZPO. Für die Bestimmung des Streitwerts gelten die Grundsätze des Ersatzbestellungsverfahrens entsprechend.<sup>454</sup> Die Praxis bietet kaum Beispiele: Das *Bayerische Oberste Landesgericht*<sup>455</sup> schätzte das Interesse des Antragstellers an der abweichenden Bestellung und setzte den Streitwert auf 1/8 der Hauptsache mit DM 1,0 Mio. fest. Das *OLG Celle*<sup>456</sup> schätzte das Interesse an der abweichenden Bestellung auf DM 30.000,00 bei einem Hauptsachestreitwert von DM 130.000,00. Ebenso schätzte das *OLG Düsseldorf*<sup>457</sup> auf DM 2,0 Mio., ohne den Streitwert der Hauptsache anzugeben. Die beiden Entscheidungen des *Kammergerichts*<sup>458</sup> über einen Antrag im Ersetzungsverfahren machen keine Angaben zur Begründung des Streitwerts.

<sup>454</sup> Vgl. ausführlich zum Streitwert Rdnrn. 262 f.

<sup>455</sup> *BayObLG*, Beschl. v. 15.12.1999 – 4 Z SchH 06/99, DIS-Datenbank. Vgl. aber nunmehr *OLG München*, Beschl. v. 10.01.2007 – 34 Sch 07/06, DIS-Datenbank, unter III. der Gründe: Unter ausdrücklicher Aufgabe der zunächst fortgeführten Rechtsprechung des *BayObLG* hält der Senat für Nebenverfahren in schiedsrichterlichen Angelegenheiten im Regelfall bei Bestellung und Ablehnung von Schiedsrichtern sowie im Beendungsverfahren einen Bruchteil des Hauptsachestreitwerts, „nämlich rund ein Drittel“ für angemessen.

<sup>456</sup> *OLG Celle*, Beschl. v. 04.11.1999 – 8 SchH 03/99, DIS-Datenbank.

<sup>457</sup> *OLG Düsseldorf*, Beschl. v. 06.07.1998 – 12 Sch 01/98, DIS-Datenbank.

<sup>458</sup> *KG*, Beschl. v. 11.08.2004 – 23 Sch 11/03, DIS-Datenbank; *KG*, Beschl. v. 21.04.2004 – 23 Sch 04/03, DIS-Datenbank.

### III. Kosten

Die Kosten des Ersetzungsverfahrens entsprechen im Ergebnis denen des Ersatzbestellungsverfahrens.<sup>459</sup> An Gerichtskosten entsteht für das Ersatzbestellungsverfahren eine 0,5 Gebühr gemäß §§ 3 Abs. 2, 48 Abs. 1 Satz 1 GKG i.V.m. KV Nr. 1623. Das Ersetzungsverfahren ist nicht in einer eigenständigen Nummer geregelt. Da das Ersetzungsverfahren in jedem Fall aber ein konstruktiver Rechtsbehelf ist, erscheint es naheliegend, die Gerichtskosten stets allein nach dieser Nummer zu bestimmen und nicht, je nachdem, ob auch ein Schiedsrichteramt beendet worden ist, daneben auf KV Nr. 1624 abzustellen. Bei den Anwaltskosten ergeben sich keine Unterschiede zum Ersatzbestellungsverfahren.

319

---

<sup>459</sup> Ausführlich Rdnrn. 264 ff. Das *OLG Hamburg*, Beschl. v. 27.03.2006 – 6 Sch 02/06, DIS-Datenbank, knüpft jedoch offenbar nicht an das Ersatzbestellungsverfahren an, sondern nimmt wie in seinen Entscheidungen zum Ablehnungsverfahren ein Drittel des Hauptsachestreitwerts an.

## Kapitel 7 Rechtsbehelfe bei Verstößen gegen Bestellungskriterien

- 320 Verstöße gegen Bestellungskriterien sind im Ablehnungsverfahren nach § 1037 ZPO geltend zu machen. Dieses ist grundsätzlich mehrstufig: Auf der ersten Stufe ist zunächst ein parteivereinbartes oder das gesetzliche Vorschaltverfahren<sup>460</sup> gemäß § 1037 Abs. 1 oder Abs. 2 ZPO durchzuführen. Führt dieses nicht zum Erfolg, bleibt der ablehnenden Partei stets auf der zweiten Stufe die Möglichkeit des gerichtlichen Rechtsbehelfs nach § 1037 Abs. 3 ZPO.
- 321 Im gesetzlichen Regelfall vollzieht sich die Ablehnung demnach wie folgt: Fehlen Parteivereinbarungen über ein Ablehnungsverfahren nach § 1037 Abs. 1 ZPO (Abschnitt A), hat die Partei die einen Schiedsrichter betreffenden Ablehnungsgründe gegenüber dem Schiedsgericht darzulegen. Macht der abgelehnte Schiedsrichter von der durch die Ablehnung eröffneten Möglichkeit der Kündigung keinen Gebrauch und kommt auch keine einvernehmliche Entscheidung der Parteien über die Beendigung des Schiedsrichteramts zustande, vgl. § 1037 Abs. 2 Satz 2 ZPO sowie § 1038 Abs. 2 ZPO, entscheidet das Schiedsgericht im schiedsgerichtlichen Ablehnungsverfahren nach § 1037 Abs. 2 ZPO (Abschnitt B). Führt dieses Verfahren, oder ein etwaig parteivereinbartes Ablehnungsverfahren gemäß § 1037 Abs. 1 ZPO nicht zum Erfolg der Ablehnung, steht der ablehnenden Partei dann das durch Parteivereinbarung unabdingbare gerichtliche Ablehnungsverfahren gemäß § 1037 Abs. 3 ZPO zur Verfügung (Abschnitt C).
- 322 Umstritten ist, ob auf Vorschaltverfahren durch Parteivereinbarung in Gänze verzichtet werden kann, ob die Parteien also das schiedsgerichtliche Ablehnungsverfahren ausschließen können, ohne ein anderes parteivereinbartes Vorschaltverfahren vorzusehen. Dafür spricht als Ausdruck der verfahrensrechtlichen Verfahrensherrschaft der Parteien der ausdrücklich in § 1037 Abs. 1 ZPO aufgenommene Parteivorbehalt, dessen Einschränkungen allein Abs. 3 der Vorschrift betreffen.<sup>461</sup> Die Gegenauffassung<sup>462</sup> beruft sich auf die Formulierung in § 1037 Abs. 3 Satz 1 ZPO „Bleibt die Ablehnung nach dem von den Parteien vereinbarten Verfahren oder nach dem in Absatz 2 vorgesehenen Verfahren erfolglos, ...“. Aus dem Wortlaut folge,

<sup>460</sup> Mit Vorschaltverfahren lassen sich die dem unabdingbaren gerichtlichen Ablehnungsverfahren nach § 1037 Abs. 3 ZPO vorgelagerten Rechtsbehelfe zusammenfassend bezeichnen, so *Mankowski*, Die Ablehnung von Schiedsrichtern, SchiedsVZ 2004, 304, 305. *Münch*, in: Münchener Kommentar, ZPO, 2. Aufl., § 1037 Rdnr. 3, verwendet den Begriff „Vorschaltstufe“.

<sup>461</sup> So auch *Mankowski*, Die Ablehnung von Schiedsrichtern, SchiedsVZ 2004, 304, 305; *Saenger*, in: Saenger, ZPO, 1. Aufl., § 1037, Rdnr. 2; *Voit*, in: Musielak, ZPO, 5. Aufl., § 1037 Rdnr. 2; *OLG Hamburg*, Beschl. v. 12.07.2005 – 9 SchH 01/05, DIS-Datenbank, unter 2. der Gründe (vgl. auch schon *OLG Hamburg*, Beschl. v. 11.03.2003 – 6 SchH 03/02, DIS-Datenbank); *OLG Stuttgart*, Beschl. v. 16.07.2002 – 1 Sch 08/02, DIS-Datenbank, unter III. 2. c) der Gründe.

<sup>462</sup> *Münch*, in: Münchener Kommentar, ZPO, 2. Aufl., § 1037 Rdnr. 3; *Schlosser*, in: Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl., § 1037 Rdnr. 2.



daß nach Halbsatz 1 das Scheitern eines parteivereinbarten Vorschaltverfahrens Zulässigkeitsvoraussetzung des Ablehnungsverfahrens sei. Fehlt ein parteivereinbartes Verfahren, fordere Halbsatz 2 das Scheitern des subsidiären schiedsgerichtlichen Ablehnungsverfahrens. Deshalb seien die Durchführung und das Scheitern eines der beiden Verfahren Zulässigkeitsvoraussetzung für das gerichtliche Ablehnungsverfahren. Diese Auffassung überzeugt nicht: Der Wortlaut steht einer anderen Auslegung nicht entgegen, denn haben die Parteien jedes Vorschaltverfahren ausgeschlossen, bleibt die Ablehnung nach dem durch Parteivereinbarung ausgeschlossenen Verfahren im Ergebnis auch erfolglos, wenn nicht der Schiedsrichter kündigt oder die Parteien sich auf die Beendigung des Schiedsrichteramts einigen. Die Systematik der Norm spricht für die Verzichtsmöglichkeit, da § 1037 Abs. 2 ZPO nach Abs. 1 der Vorschrift dispositiv ist. Auch Zweckmäßigkeitserwägungen sprechen für die Ausschlußmöglichkeit. Dies belegt schon der Fall eines Einzelschiedsrichters: Wird dieser von einer Partei abgelehnt und verweigert er die dann bestehende Möglichkeit einer Kündigung gemäß § 1037 Abs. 2 Satz 2 Alt. 1 ZPO, erscheint eine zusätzliche förmliche Entscheidung des Schiedsgerichts sinnlos. Deshalb verzichten auch die Vertreter, die für ein zwingendes Vorschaltverfahren eintreten, in diesem Fall auf dessen Durchführung und eröffnen sogleich die Möglichkeit des Ablehnungsverfahrens nach § 1037 Abs. 3 ZPO.<sup>463</sup> Ist das Vorschaltverfahren strukturell aber schon nicht stets zweckmäßig, kann es nicht generell unverzichtbar sein. Vielmehr können die Parteien in Ausübung ihrer verfahrensrechtlichen Verfahrensherrschaft solchen Gründen, die für einen parteivereinbarten Ausschluß einer Entscheidung des Schiedsgerichts sprechen, ebenso in anderen Konstellationen Vorrang geben. Ansatzpunkte finden die Parteien auch bei einem Dreier-Schiedsgericht, denn durch den Ausschluß des schiedsgerichtlichen Ablehnungsverfahrens vermeiden die Parteien die Schwierigkeiten der Entscheidung eines Schiedsgerichts unter Mitwirkung des Abgelehnten und verhindern einen möglichen Konflikt im Schiedsgericht: Der abgelehnte Schiedsrichter wird kaum für seine Ablehnung stimmen, denn dann hätte er auch kündigen können. Enthält er sich, droht zumindest eine potentielle Überrepräsentation der ablehnenden Partei. Im Ergebnis würde diese wohl meist nicht durchschlagen, weil bei einer von der Art der Bestellung als sachfremder Erwägung geleiteten Entscheidung über die Ablehnung das Abstimmungsergebnis ein Patt sein dürfte, was gemäß § 1052 Abs. 1 ZPO Versagung der Ablehnung heißt. Stimmt der Abgelehnte gegen die Ablehnung, steigt nur die Wahrscheinlichkeit der Versagung der Ablehnungsentscheidung. Deshalb bleibt im Regelfall eine Entscheidung des Gerichts im Ablehnungsverfahren unerläßlich. Unter diesem Gesichtspunkt spricht auch entscheidungsökonomisch nichts dagegen, wenn die

---

<sup>463</sup> Geimer, in: Zöller, ZPO, 26. Aufl., § 1037 Rdnr. 2; Münch, in: Münchener Kommentar, ZPO, 2. Aufl., § 1037 Rdnr. 9.

Parteien von vornherein eine Entscheidung des Gerichts vorsehen. Mit dem Ausschluß des schiedsgerichtlichen Ablehnungsverfahrens verhindern die Parteien außerdem die abstrakte Gefahr, daß eine Partei durch Ablehnungsmanöver versuchen könnte, einen Keil in das Schiedsgericht zu treiben. Deshalb kann das schiedsgerichtliche Ablehnungsverfahren in Gänze auch dann ausgeschlossen werden, wenn kein anderes Vorschaltverfahren vorgesehen wird.

## A Parteivereinbarte Ablehnungsverfahren

323 Durch Parteivereinbarung gestaltete Ablehnungsverfahren sind selten. Jedoch enthalten alle Verfahrensordnungen der administrierten Schiedsgerichtsbarkeit Regelungen über ein Ablehnungsverfahren. In der Regel entscheidet dabei die Schiedsgerichtsinstitution über die Ablehnung. Anderes gilt insoweit nach § 18.2 Satz 3 DIS-VerfO, die allein eine Entscheidung des Schiedsgerichts vorsieht. Hier stellen sich ähnliche Probleme wie im schiedsgerichtlichen Ablehnungsverfahren. Insbesondere geht auch die DIS-VerfO davon aus, daß der abgelehnte Schiedsrichter über das Ablehnungsgesuch mitentscheidet.<sup>464</sup> Das Ablehnungsverfahren nach der Verfahrensordnung der DIS weist nur wenige Unterschiede zum schiedsgerichtlichen Ablehnungsverfahren nach der ZPO auf: Eine Besonderheit besteht darin, daß das begründete Ablehnungsgesuch innerhalb einer Zwei-Wochen-Frist gemäß § 18.2 Satz 1 DIS-VerfO an die DIS-Geschäftsstelle (und nicht das Schiedsgericht, vgl. § 1037 Abs. 2 Satz 1 ZPO) zu richten ist. Diese informiert nach Satz 2 der Vorschrift die Schiedsrichter und die Gegenseite und setzt für den abgelehnten Schiedsrichter und die Gegenseite eine Frist zur Stellungnahme. Wird das Schiedsrichteramt nicht durch Kündigung oder Parteivereinbarung innerhalb der gesetzten Frist beendet, kann die ablehnende Partei innerhalb einer weiteren Zwei-Wochen-Frist die Entscheidung des Schiedsgerichts beantragen, § 18.2 Satz 3 DIS-VerfO.

324 Im Detail weisen alle Verfahrensordnungen Besonderheiten auf, deshalb beispielhaft hier nur überblicksartig zur Verfahrensordnung der ICC:<sup>465</sup> Nach Art. 11.2 ICC-VerfO kann ein Schiedsrichter binnen einer Frist von 30 Tagen ab Kenntnis von der Mitteilung über dessen Bestellung abgelehnt werden oder innerhalb von 30 Tagen ab später erlangter Kenntnis vom

<sup>464</sup> Vgl. dazu eine insgesamt ausführlich begründete, dem Ablehnungsgesuch stattgebende Entscheidung eines Schiedsgerichts nach der DIS-VerfO (Geschäftszeichen DIS-SV-217/02), SchiedsVZ 2003, 94, 95, in dem sich vermutlich der Abgelehnte der Stimme enthielt. Zur Entscheidung einschließlich des Abgelehnten im schiedsgerichtlichen Ablehnungsverfahren Rdnr. 355.

<sup>465</sup> Ausführlich *Calvo*, The Challenge of the ICC Arbitrator, Journal of International Arbitration, 15 (4), 1998, 63 ff.; *Derrains/Schwartz*, A Guide to the New ICC Rules of Arbitration, S. 175 ff.; *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnrn. 1514 ff. m.w.N. Zum Verfahren nach der Verfahrensordnung des LCIA vgl. Artt. 10.1 bis 10.3 LCIA-VerfO, dazu *Lachmann*, a.a.O., Rdnr. 1616.

Ablehnungsgrund. Das begründete Ablehnungsgesuch ist nach Art. 11.1 ICC-VerfO beim Sekretariat einzureichen. Der Gerichtshof entscheidet über die Zulässigkeit und Begründetheit des Ablehnungsgesuchs gemäß Art. 11.3 Satz 1 ICC-VerfO, nachdem das Sekretariat zuvor dem abgelehnten Schiedsrichter, der Gegenseite sowie den übrigen Mitgliedern des Schiedsgerichts Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme in angemessener Frist eingeräumt hat. Die Stellungnahmen werden nach Art. 11.3 Satz 2 ICC-VerfO allen Parteien und Schiedsrichtern weitergeleitet. Gibt der Gerichtshof einer Ablehnung nicht statt, kann bei Zuständigkeit der deutschen Gerichte die ablehnende Partei eine Entscheidung nach § 1037 Abs. 3 ZPO beantragen.

## B Schiedsgerichtliches Ablehnungsverfahren nach § 1037 Abs. 2 ZPO

325 Das schiedsgerichtliche Ablehnungsverfahren nach § 1037 Abs. 2 ZPO ist der einzige gesetzlich geregelte schiedsgerichtliche Rechtsbehelf, der nicht sofort zu den staatlichen Gerichten führt. Vor der Reform des schiedsrichterlichen Verfahrens gab es diesen Rechtsbehelf nicht – eine Ablehnung war sogleich im Ablehnungsverfahren vor den staatlichen Gerichten geltend zu machen.<sup>466</sup>

### I. Verfahrensfragen

326 Das schiedsgerichtliche Ablehnungsverfahren ist ein Verfahren eigener Art, dessen besondere Schwierigkeiten daraus erwachsen, daß ein Mitglied des Schiedsgerichts von der Ablehnung betroffen ist, dennoch aber das Schiedsgericht zunächst zu einer Entscheidung berufen ist, die Zuständigkeit also beim Schiedsgericht liegt. Der Prüfungsumfang der Entscheidung des Schiedsgerichts umfaßt die Zulässigkeit und Begründetheit des Ablehnungsgesuchs, wobei sich das Verfahren nach den Parteivorgaben, subsidiär nach § 1037 Abs. 2 ZPO sowie den Verfahrensvorschriften des sechsten und siebenten Abschnitts des 10. Buches der ZPO richtet. Das schiedsgerichtliche Ablehnungsverfahren ist Teil des schiedsrichterlichen Verfahrens. Deshalb entstehen für das Verfahren keine gesonderten Kosten, es sei denn, die Parteivereinbarung sieht Abweichendes vor.

#### 1. Statthaftigkeit

327 Statthaft ist das schiedsgerichtliche Ablehnungsverfahren bei Fehlen einer abweichenden Parteivereinbarung. Es setzt das Begehren der ablehnenden Partei voraus, einen Schiedsrichter wegen des Verstoßes gegen ein Bestellungskriterium abzulehnen.<sup>467</sup> Abgelehnt werden

<sup>466</sup> Vgl. zum Übergangsrecht *BayObLG*, Beschl. v. 24.02.1999 – 4 Z Sch 17/98, DIS-Datenbank.

<sup>467</sup> Zur Unstatthaftigkeit des schiedsgerichtlichen Ablehnungsverfahrens unverständlich das *OLG Frankfurt a.M.*, in zwei denselben Sachverhalt betreffenden Beschlüssen, nachdem ein Dreier-Schiedsgericht die begehrte Ablehnung jedes seiner Mitglieder durch Beschluß zurückgewiesen hatte, woraufhin die ablehnende Partei ihre Ablehnung nach § 1037 Abs. 3 ZPO weiterverfolgte: „Über die Ablehnung eines Schiedsrichters hat stets das ordentliche Gericht zu entscheiden. Diese Entscheidung kann keiner anderen Stelle, weder dem Schiedsgericht selbst noch einem Dritten übertragen werden (so schon Reichsgericht in RGZ 152, 375 ff.; so auch BGH in NJW 1957, 791 (792); so auch in NJW 1992, S. 983). Dies gilt vorliegend auch deshalb, weil eine spezielle Vereinbarung der Parteien gemäß § 1037 ZPO vorliegend nicht getroffen worden war. Während in § 1037 ZPO lediglich die Ablehnung von vorgesehenen Schiedsrichtern bei deren Benennung geregelt ist, findet sich eine Bestimmung über die Ablehnung bereits bestellter Schiedsrichter in den § 1029 ff. ZPO nicht. Deshalb gelten für solche Richterablehnungen die allgemeinen Bestimmungen der §§ 42 ff. ZPO.“ vgl. *OLG Frankfurt a.M.*, Beschl. v. 14.07.2004 – 2 Sch 01/04, DIS-Datenbank. Nachdem die „dienstlichen Erklärungen der abgelehnten Richter“ eingeholt worden waren, erklärte das *OLG Frankfurt a.M.*, Beschl. v. 22.10.2004 – 2 Sch 01/04, DIS-Datenbank, die drei Befangenheitsgesuche für

können lediglich einzelne Schiedsrichter, nicht das Schiedsgericht.<sup>468</sup> Dies folgt aus dem Wortlaut § 1037 Abs. 2 Satz 1 ZPO: „... die Partei, die einen Schiedsrichter ablehnen will ...“. Betreffen Verstöße gegen Bestellungskriterien mehrere Schiedsrichter, so ist deren Ablehnung lediglich jeweils einzeln, aber problemlos parallel statthaft.

Für die Statthaftigkeit des schiedsgerichtlichen Ablehnungsverfahrens folgt eine weitere Einschränkung aus § 1036 Abs. 2 Satz 2 ZPO. Danach kann eine Partei „einen Schiedsrichter, den sie bestellt hat, oder an dessen Bestellung sie mitgewirkt hat, nur aus Gründen ablehnen, die ihr erst nach der Bestellung bekannt geworden sind.“ Die Norm beschränkt für die ablehnende Partei grundsätzlich den ablehnungsrelevanten Schiedsrichterkreis, läßt allerdings eine Ausnahme zu. Sinn und Zweck der Vorschrift ist es zu verhindern, daß eine Partei selbst einen ablehnbaren Schiedsrichter bestellt oder an dessen Bestellung mitwirkt, um sich die Ablehnung für den Fall des unliebsamen Verfahrensverlaufs aufzusparen und auf diese Weise eine Verfahrenswiederholung zu erzwingen. Deshalb ist die nachträgliche Kenntniserlangung bezogen auf den eingeschränkten Schiedsrichterkreis Statthaftigkeitsvoraussetzung.<sup>469</sup> Die Bestimmung, ob der abzulehnende Schiedsrichter zu dem eingeschränkten Schiedsrichterkreis gehört, ist im Regelfall einfach: Ob die Partei einen Schiedsrichter selbst bestellt hat, steht stets fest. Gleiches gilt für Mitwirkung an einer Bestellung dann, wenn die Partei mitbestellungsbefugt war und ihre Bestellungskompetenz wahrgenommen hat. Da der Vorsitzende im subsidiären gesetzlichen Regelfall von den beisitzenden Schiedsrichtern in Stellvertretung der Parteien bestellt wird, haben beide Parteien auch an dessen Bestellung mitgewirkt.<sup>470</sup> Problematisch können einzig die Fälle sein, in denen die Partei keine Bestellungsbefugnis hatte, oder diese nicht wahrgenommen hat: Grundsätzlich hat sie dann auch nicht mitgewirkt. Da Mitwirkung nach der Wortbedeutung eine aktive Beteiligung erfordert, genügt die bloße passive Hinnahme einer Bestellung durch eine Partei nicht. Genausowenig genügt Schweigen auf eine Benennung, es sei denn, ein Widerspruch ist nach Treu und Glauben zu erwarten.<sup>471</sup> Da Mitwirkung nach der Wortbedeutung geringe oder unwesentliche Beteiligungen ausreichen läßt, hat eine Partei an der Bestellung eines Schiedsrichters auch dann schon mitgewirkt, wenn sie

328

---

unbegründet. Diese Verfahrensweise blieb – soweit ersichtlich – singulär, vgl. insbesondere *OLG Frankfurt a.M.*, Beschl. v. 27.04.2006 – 26 SchH 01/06, DIS-Datenbank, das diese Rechtsprechung im Verfahren nach § 1037 Abs. 3 ZPO nach ebenfalls einem Zurückweisungsbeschluß des Befangenheitsantrags durch den Einzelschiedsrichter nicht einmal erwähnt.

<sup>468</sup> Allgemeine Meinung, vgl. *Münch*, in: Münchener Kommentar, ZPO, 2. Aufl., § 1037 Rdnr. 4; vgl. auch *OLG Celle*, Beschl. v. 19.02.2004 – 8 Sch 09/03, DIS-Datenbank, Gründe zu II. a.E.

<sup>469</sup> *Münch*, in: Münchener Kommentar, ZPO, 2. Aufl., § 1036 Rdnr. 21.

<sup>470</sup> Dies ist die Kehrseite des Weisungsrechts der Parteien, vgl. dazu und zur Stellvertretung bei der Bestellung des Vorsitzenden Rdnrn. 43 f. A.A. *Münch*, in: Münchener Kommentar, ZPO, 2. Aufl., § 1036 Rdnr. 22.

<sup>471</sup> *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnr. 624; *Voit*, in: Musielak, ZPO, 5. Aufl., § 1036 Rdnr. 10. Im Ergebnis so wohl auch *Kröll*, Die Ablehnung eines Schiedsrichters nach deutschem Recht, ZJP 116 (2003), 195, 210.

ihn benannt hat, denn die Benennung dient gerade der Bestellung.<sup>472</sup>

## 2. Verfahrenseinleitung

329 Will die ablehnende Partei das schiedsgerichtliche Ablehnungsverfahren einleiten, hat sie nach § 1037 Abs. 2 Satz 1 ZPO „dem Schiedsgericht schriftlich die Ablehnungsgründe darzulegen“. Ein konkreter förmlicher Antrag – etwa eine Aufforderung zur Beendigung des Schiedsrichteramts – ist demnach nicht erforderlich. Das Verfahren beginnt vielmehr mit einer Erklärung über die Ablehnungsgründe in Bezug auf einen konkreten Schiedsrichter. Die Ablehnungserklärung ist eine Prozeßerklärung.<sup>473</sup>

330 Gesetzlicher Adressat der Erklärung ist das Schiedsgericht. Fehlen Vereinbarungen, muß die Ablehnungserklärung gegenüber dem Schiedsgericht, also allen Schiedsrichtern erklärt werden. Über die Art und Weise der Kommunikation zwischen Schiedsgericht und Parteien wird das Schiedsgericht allerdings meist zu Verfahrensbeginn mit dem Einleitungsschreiben des Vorsitzenden eine Regelung getroffen haben,<sup>474</sup> auf die jedenfalls auch für die Übermittlung der Ablehnungserklärung zurückgegriffen werden kann. Für die Erklärung ist nach § 1037 Abs. 2 Satz 1 ZPO jedoch bei Fehlen abweichender Parteivereinbarung Schriftform vorgeschrieben, vgl. § 126 BGB, wobei die Erleichterungen des Prozeßrechts analog § 130 Nr. 6 ZPO und § 130 a Abs. 1 ZPO auch hier anzuwenden sind.<sup>475</sup> Wird bei der Übermittlung der Ablehnungserklärung gegen eine Verfahrensregelung des Schiedsgerichts nach § 1042 Abs. 4 Satz 1 ZPO verstoßen, ist im Einzelfall zu ermitteln, ob für eine Verfahrenshandlung eine Wirksamkeitsvoraussetzung fehlt, oder lediglich ein Verstoß gegen eine Ordnungsvorschrift vorliegt.

## 3. Zeitliche Grenzen

331 Die Ablehnung im schiedsgerichtlichen Ablehnungsverfahren ist präklusionsbedroht: Gesetzlich gilt eine Zwei-Wochen-Frist, vgl. § 1037 Abs. 2 Satz 1 ZPO. Die Frist kann ausgeschöpft werden, Präklusion durch rügelose Einlassung droht nicht.<sup>476</sup> Die Gegenauffassung<sup>477</sup> wendet

<sup>472</sup> Im Ergebnis ebenso *Hartmann*, in: Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 65. Aufl., § 1036 Rdnr. 6. A.A. *Münch*, in: Münchener Kommentar, ZPO, 2. Aufl., § 1036 Rdnr. 22.

<sup>473</sup> *Münch*, in: Münchener Kommentar, ZPO, 2. Aufl., § 1037 Rdnr. 4.

<sup>474</sup> Vgl. z.B. Ziffer 4 des Musters von *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnr. 2262.

<sup>475</sup> So grundsätzlich auch *Münch*, in: Münchener Kommentar, ZPO, 2. Aufl., § 1037 Rdnr. 5, der allerdings ohne Begründung die elektronische Form nicht genügen läßt.

<sup>476</sup> *Karl*, Die Gewährleistung der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Schiedsrichters, S. 187 f.; *Saenger*, in: Saenger, ZPO, 1. Aufl., § 1037, Rdnr. 3; *Schlosser*, in: Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl., § 1037 Rdnr. 3; *Voit*, in: Musielak, ZPO, 5. Aufl., § 1037 Rdnr. 3. Zur Fristberechnung Rdnr. 311.

den Rechtsgedanken des § 43 ZPO an. Dafür findet sich jedoch keine Stütze im Gesetz. Der Grundsatz, daß Fristen ausgeschöpft werden können, ist zumindest genauso elementar. Außerdem droht bereits mit der Zwei-Wochen-Frist eine zeitnahe Präklusion, die verhindert, daß eine Partei das Ablehnungsrecht erst ausübt, nachdem das Verfahren erheblichen Fortgang genommen hat.

Da es sich bei dem schiedsgerichtlichen Ablehnungsverfahren um einen nichtgerichtlichen Rechtsbehelf zum Schiedsgericht handelt, gilt die verfahrensrechtliche Verfahrensherrschaft der Parteien uneingeschränkt, und § 224 ZPO ist nicht anwendbar. Deshalb können die Parteien die Frist durch nach § 1037 Abs. 1 ZPO ausdrücklich zulässige Parteivereinbarung verlängern oder verkürzen,<sup>478</sup> solange eine Abkürzung den Rechtsbehelf nicht auf eine Weise behindert, die einem Ausschluß gleichkommt. Teilweise sehen Parteivereinbarungen oder Verfahrensordnungen vor, daß die Ablehnung unverzüglich zu erklären ist.<sup>479</sup> Unter Bezugnahme auf § 121 Abs. 1 BGB legte das *OLG Hamburg*<sup>480</sup> eine solche durch Parteivereinbarung einbezogene Klausel einer Schiedsgerichtsordnung für eine Ablehnungserklärung so aus, daß eine Geltendmachung binnen etwa zwei Wochen erforderlich sei. In diesem Sinn entschied auch das *OLG Köln*<sup>481</sup> für eine ähnliche Regelung einer anderen Verfahrensordnung. In einer neueren Entscheidung tendierte das *OLG Köln*<sup>482</sup> allerdings wohl zu einer strengeren Auslegung, ließ die Frage jedoch dahinstehen, weil eine Prüfung der geltend gemachten Gründe eine Ablehnung nicht rechtfertigte. Im Ergebnis kommt es stets auf die Auslegung der Parteivereinbarung und die Umstände des Einzelfalls an. Eine zu strenge Handhabung der

332

<sup>477</sup> Geimer, in: Zöller, ZPO, 26. Aufl., § 1036 Rdnr. 6; Hartmann, in: Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 65. Aufl., § 1036 Rdnr. 6; Lotz, Die Unparteilichkeit und Unabhängigkeit des parteiernannten Schiedsrichters, AnwBl. 2002, 202, 205; Henn, Schiedsverfahrensrecht, 3. Aufl., Rdnr. 172; Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl., Kap. 14 Rdnr. 13.

<sup>478</sup> Ebenso Voit, in: Musielak, ZPO, 5. Aufl., § 1037 Rdnr. 2; vgl. auch Kröll, Die Entwicklung des Rechts der Schiedsgerichtsbarkeit in den Jahren 2003 und 2004, NJW 2005, 194, 196, der ausdrücklich lediglich den Fall der Einbeziehung einer schiedsgerichtlichen Verfahrensordnung nennt. Ohne Begründung a.A. Münch, in: Münchener Kommentar, ZPO, 2. Aufl., § 1037 Rdnr. 6.

<sup>479</sup> Solche Regelungen sind unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit und deshalb nicht empfehlenswert, weil wegen drohender Präklusion eine vorschnelle Ablehnung provoziert wird, vgl. Reiner/Jahnel, in: Schütze, Institutionelle Schiedsgerichtsbarkeit, 2006, Art 11 ICC-VerfO Rdnr. 4.

<sup>480</sup> Zu § 6 Abs. 2 der Verfahrensordnung der German Maritime Arbitration Association (GMAA): *OLG Hamburg*, Beschl. v. 12.07.2005 – 9 SchH 01/05, DIS-Datenbank, unter 3. a) der Gründe.

<sup>481</sup> Zu § 10 Abs. 2 der Schiedsgerichtsordnung für das Bauwesen einschließlich Anlagenbau (SGO-Bau): *OLG Köln*, Beschl. v. 14.09.2000 – 9 SchH 30/00, DIS-Datenbank, im dritte Absatz der Begründung.

<sup>482</sup> Ebenfalls zu § 10 Abs. 2 SGO-Bau meinte das *OLG Köln*, Beschl. v. 02.04.2004 – 9 Sch (H) 22/03, DIS-Datenbank, unter II. 3. der Gründe, die auf Äußerungen des Schiedsgerichts und die der Verhandlungsführung gestützten Ablehnungsgründe seien ausweislich des Protokolls der mündlichen Verhandlung vom 27.11.2003 „nicht sogleich beanstandet worden“, weshalb der auf den 11.12.2003 datierende Ablehnungsschriftsatz nicht mehr unverzüglich gewesen sein dürfte (vgl. auch die identische Parallelentscheidung *OLG Köln*, Beschl. v. 02.04.2004 – 9 Sch (H) 21/03, DIS-Datenbank). Eine Zwei-Wochen-Frist wäre in der Konstellation aber vermutlich gewahrt: Der 27.11.2003 war ein Donnerstag, der bei der Fristberechnung nicht mitzählt, vgl. Münch, in: Münchener Kommentar, ZPO, 2. Aufl., § 1037 Rdnr. 6. Der auf Donnerstag, den 11.12.2003, datierende Ablehnungsschriftsatz wäre also jedenfalls dann rechtzeitig, wenn er an diesem Tag dem Schiedsgericht zugeing, was der mitgeteilte Sachverhalt nahelegt, weil die Antragsgegnerin bereits mit Schreiben vom 12.12.2003 der Ablehnung widersprach.

Fristen aber verbietet sich deshalb, weil dies einem Ausschluß des Ablehnungsrechts gleichkommen würde. Eine Präklusion rechtfertigt sich jedoch nur dort, wo eine faire Chance zur fristgerechten Handlung bleibt.<sup>483</sup>

333 Fehlen dahingehende Parteivereinbarungen, bestimmt sich der Beginn der Frist für die Ablehnungserklärung im schiedsgerichtlichen Ablehnungsverfahren nach § 1037 Abs. 2 Satz 1 ZPO: Die Ablehnungserklärung ist dem Schiedsgericht innerhalb von zwei Wochen zu übermitteln, nachdem der ablehnenden Partei die Zusammensetzung des Schiedsgerichts oder ein Umstand im Sinne des § 1036 Abs. 2 ZPO bekannt geworden ist. Gesetzlich bestehen damit mehrere Anknüpfungspunkte: Bestellungskriterienbezogen wird an die Kenntnis des Ablehnungsgrundes angeknüpft. Erforderlich ist nach § 1037 Abs. 2 Satz 1 ZPO positive Kenntnis lediglich des zur Ablehnung berechtigenden Umstandes, also nicht auch die Erkenntnis, daß der Umstand ein Ablehnungsrecht begründet; selbst grob fahrlässige Unkenntnis des Umstandes genügt jedoch nach dem klaren Wortlaut nicht.<sup>484</sup>

334 Die zweite Anknüpfung der Frist ist konstituierungsbezogen die schiedsgerichtsbezogene Etappe der Zusammensetzung des Schiedsgerichts. Auch insoweit erfordert § 1037 Abs. 2 Satz 1 ZPO positive Kenntnis. Die Zusammensetzung des Schiedsgerichts ist aus Sicht der ablehnenden Partei dann erreicht, wenn mindestens alle Schiedsrichter ernannt sind, für die der ablehnenden Partei Bestellungsbefugnis fehlt.<sup>485</sup> Nur hinsichtlich solcher Schiedsrichter ist das Ablehnungsverfahren im Regelfall<sup>486</sup> überhaupt statthaft, da eine Ablehnung der anderen Schiedsrichter grundsätzlich schon nach § 1036 Abs. 2 Satz 2 ZPO ausscheidet. Insoweit ist es folgerichtig, daß die Regelung auf die Zusammensetzung des Schiedsgerichts abstellt. Für sich allein stehend hat diese Variante für den Beginn der Frist jedoch keine eigenständige Bedeutung, denn ist allein die Zusammensetzung des Schiedsgerichts erfolgt, ohne daß die Partei Kenntnis von einem Ablehnungsgrund hat, besteht kein Anlaß zu einer Ablehnung.<sup>487</sup>

<sup>483</sup> So *Münch*, in: Münchener Kommentar, ZPO, 2. Aufl., § 1037 Rdnr. 10 a.E., zur Verkürzung der Frist nach § 1037 Abs. 3 Satz 1 ZPO.

<sup>484</sup> Allgemeine Meinung, vgl. *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnr. 626; *Münch*, in: Münchener Kommentar, ZPO, 2. Aufl., § 1037 Rdnr. 6; *Schütze*, Schiedsgericht und Schiedsverfahren, 3. Aufl., Rdnr. 41; *Voit*, in: Musielak, ZPO, 5. Aufl., § 1036 Rdnr. 10. Vorsichtig *Kröll*, Die Ablehnung eines Schiedsrichters nach deutschem Recht, ZZP 116 (2003), 195, 202: „Ein bloßes Kennenmüssen dürfte aufgrund der Bedeutung des Ablehnungsrechts nicht ausreichend sein.“ Vgl. auch *OLG Hamburg*, Beschl. v. 28.06.2004 – 11 SchH 01/04, DIS-Datenbank, unter II. 1. b) der Gründe (zutreffend wird auf die Kenntnis des Inhalts eines Gutachtens abgestellt, das ein Schiedsrichter für eine Partei erstellt hatte, und nicht bereits auf den Zeitpunkt der Kenntnis von der Gutachtertätigkeit, weil ein Ablehnungsgrund sich grundsätzlich nur aus dem Inhalt des Gutachtens herleiten läßt); *KG*, Beschl. v. 22.03.2000 – 28 Sch 24/99, DIS-Datenbank, erster Absatz der Gründe.

<sup>485</sup> Zur Herleitung ausführlich Rdnrn. 71 ff.

<sup>486</sup> Ist ausnahmsweise ein Schiedsrichter ablehnbar, den die Partei bestellt oder an dessen Bestellung sie mitgewirkt hat, weil ihr der Ablehnungsgrund erst nach der Bestellung bekannt geworden ist, so knüpft der Fristbeginn sogleich an die Kenntnis des Ablehnungsgrundes an.

<sup>487</sup> So auch *Münch*, in: Münchener Kommentar, ZPO, 2. Aufl., § 1037 Rdnr. 6.



Hat die Partei aber Kenntnis, weil zum Beispiel die andere Partei einen ablehnbaren Schiedsrichter ihr gegenüber zunächst lediglich benennt, fehlt bis zu dessen Ernennung die Ablehnungsbedürftigkeit, da er womöglich die Bestellung nicht annimmt. Ab dem Zeitpunkt der Zusammensetzung des Schiedsgerichts besteht jedoch Ablehnungsbedürftigkeit, weil zu diesem Zeitpunkt alle Schiedsrichter ernannt sind, für die die ablehnende Partei keine Bestellungsbefugnis, also potentielle Ablehnungsbefugnis hat. Deshalb ist es folgerichtig, den Beginn der Zwei-Wochen-Frist für die Einleitung des schiedsgerichtlichen Ablehnungsverfahrens an die Zusammensetzung des Schiedsgerichts anzuknüpfen.

Problematisch ist der Fristbeginn, wenn bei einem bekannten Ablehnungsgrund zwar die Zusammensetzung des Schiedsgerichts erfolgt ist, nicht aber auch dessen Bildung. Erfolgt die Bildung des Schiedsgerichts noch vor Ablauf der Zwei-Wochen-Frist seit der Zusammensetzung, ergeben sich zunächst keine Probleme: Dann steht der Partei nach der Bildung des Schiedsgerichts immerhin noch der Rest der bereits laufenden Zwei-Wochen-Frist zur Verfügung. Dies kann als sachgerecht angesehen werden: Die ablehnende Partei kannte den Ablehnungsgrund bereits. Sie war auch über die Ernennung aller Schiedsrichter informiert, für die sie potentiell ablehnungsbefugt ist. Sie konnte ab dem Zeitpunkt dieser Kenntnis eine Zwei-Wochen-Frist für die Ablehnungserklärung ausschöpfen, die auch sonst für eine Ablehnung nicht länger ist. Außerdem hing die Bildung des Schiedsgerichts allein von der Ernennung des Schiedsrichters ab, für den sie (zumindest mit-) bestellungsbefugt war. Daß der ablehnenden Partei unter diesen Umständen nach der Bildung des Schiedsgerichts nicht noch einmal eine Zwei-Wochen-Frist für die Ablehnung zur Verfügung steht, entspräche dem Zweck der zügigen Konstituierung. So würde verhindert, daß das gebildete Schiedsgericht in die erste Arbeitsphase eintritt, um sich dann erst nach zwei Wochen mit einem Ablehnungsgesuch konfrontiert zu sehen. Dennoch spricht mehr dafür, den Beginn der Zwei-Wochen-Frist in insoweit erweiternder Auslegung des § 1037 Abs. 2 Satz 1 ZPO auch in diesem Fall frühestens mit der Bildung des Schiedsgerichts anzunehmen. Denn der dritte Anknüpfungspunkt für den Fristbeginn und für diese Auslegung ist der Umstand, daß nach dem Wortlaut des § 1037 Abs. 2 Satz 1 ZPO als Adressat das gebildete Schiedsgericht vorausgesetzt ist.<sup>488</sup>

335

<sup>488</sup> Zur Auslegung einer durch Parteivereinbarung einbezogenen Verfahrensordnung ebenfalls in diesem Sinne *OLG Hamburg*, Beschl. v. 08.05.2006 – 6 SchH 01/06, DIS-Datenbank (ungenau bleibt der Vergleich mit § 1037 Abs. 2 ZPO, dessen Verweis auf die Zusammensetzung des Schiedsgerichts gerade nicht die Bestellung aller Schiedsrichter meint). Vgl. auch *OLG Frankfurt a.M.*, Beschl. v. 27.04.2006 – 26 SchH 01/06, DIS-Datenbank: Da ein Einzelschiedsrichter bereits in der Schiedsvereinbarung benannt worden war, stellte der Senat unter Fristgesichtspunkten auf dessen Übernahme des Schiedsrichteramts und die damit erfolgte Bildung des Schiedsgerichts ab (diese Begründung erfolgte allerdings im Zusammenhang mit dem im Rahmen eines Ablehnungsverfahrens verfolgten – unzulässigen – Hilfsantrag, die Unzulässigkeit des schiedsrichterlichen Verfahrens nach § 1032 Abs. 2 ZPO festzustellen).

- 336 Daß diese Auslegung geboten ist, zeigt ein Vergleich mit dem Fall, in dem die Bildung des Schiedsgerichts nicht innerhalb der Zwei-Wochen-Frist nach der Zusammensetzung erfolgt. Dies verdeutlicht folgendes Beispiel einer Parteivereinbarung, nach der jede Partei einen beizitzenden Schiedsrichter und der Präsident eines bestimmten Gerichts den Vorsitzenden bestellt: Angenommen, eine Partei informiert die andere über die Ernennung ihres Rechtsanwalts, der in derselben Sache bereits mit der Gegenseite korrespondierte. Dies macht ihn für die andere Partei ablehnbar, die den Ablehnungsgrund auch von Anfang an kennt. Noch läuft für die Partei dennoch keine Frist: Schon die Zusammensetzung des Schiedsgerichts ist nicht erfolgt – aus Sicht der ablehnungsberechtigten Partei fehlt die Ernennung des Vorsitzenden, für den sie nach der Parteivereinbarung keine Bestellungsbefugnis hat. Bestellt nunmehr der Gerichtspräsident den Vorsitzenden, der die Annahme des Schiedsrichteramts beiden Parteien mitteilt, würde die Frist für die Ablehnungserklärung nach § 1037 Abs. 2 Satz 1 ZPO unter den Gesichtspunkten der Kenntnis des Ablehnungsgrundes und der Zusammensetzung des Schiedsgerichts zu laufen beginnen, auch wenn die Partei weiter keinen Schiedsrichter bestellt und somit die Bildung des Schiedsgerichts als Adressaten der Ablehnungserklärung verhindert. Dieser (Ausnahme-) Fall ist bei der Regelung des Fristbeginns in § 1037 Abs. 2 Satz 1 ZPO nur mittelbar bedacht: Denn bestimmt § 1037 Abs. 2 Satz 1 ZPO als Adressaten der Ablehnungserklärung das Schiedsgericht, folgt daraus, daß die Bildung des Schiedsgerichts jedenfalls Grundvoraussetzung für die Ablehnungserklärung im schiedsgerichtlichen Ablehnungsverfahren ist. Eine Präklusion vor der Bildung des Schiedsgerichts scheidet im Ergebnis mithin aus.
- 337 Zu prüfen ist, ob die Zwei-Wochen-Frist auch in diesem Fall erst mit der Bildung des Schiedsgerichts beginnt: Da die ablehnende Partei einerseits lediglich vorher nicht präkludiert sein kann, andererseits die verzögerte Bildung des Schiedsgerichts im Regelfall auf einer unterlassenen Mitwirkung an der Konstituierung beruht, könnte eine Obliegenheit zur unverzüglichen Ablehnung nach der Bildung des Schiedsgerichts angenommen werden. Dies entspräche dem Zweck der zügigen endgültigen Konstituierung. Allerdings muß die verzögerte Bildung des Schiedsgerichts nicht auf einer unterbliebenen Mitwirkung der Partei beruhen: Ein naheliegender Ausnahmefall wäre, daß eine Partei einen Schiedsrichter zwar bereits bestellt hat, dieser jedoch die zur Ernennung führende Annahme wegen der Einholung einer erforderlichen Nebentätigkeitsgenehmigung noch nicht erklärt. Deshalb und wegen der wesentlichen Bedeutung des Ablehnungsrechts für die Parteien des schiedsrichterlichen Verfahrens würde sich ein allgemeiner Maßstab der Unverzüglichkeit an der Zwei-Wochen-Frist zu

orientieren haben, der sich § 1037 Abs. 2 Satz 1 ZPO jedenfalls entnehmen läßt und der selbst dann angenommen wurde, wenn die Parteivereinbarung die unverzügliche Ablehnungserklärung vorsah.<sup>489</sup> Insoweit ergäbe sich kein entscheidender Unterschied zur von vornherein erweiternden Auslegung des § 1037 Abs. 2 Satz 1 ZPO, die Zwei-Wochen-Frist stets frühestens mit der Bildung des Schiedsgerichts beginnen zu lassen. Damit besteht also ein dritter eigener Anknüpfungspunkt für den Fristbeginn.

Ausschlaggebendes Argument für diese Lösung ist ein Vergleich der beiden dargestellten Szenarien: Denn unter den Prämissen, die Ablehnungsfrist beginne mit der Zusammensetzung, wenn die Bildung des Schiedsgerichts noch innerhalb der Zwei-Wochen-Frist erfolgt, die Ablehnung sei sonst jedoch unverzüglich mit einem Maßstab der Unverzüglichkeit von etwa zwei Wochen geltend zu machen, stünde eine Partei, die innerhalb der laufenden Zwei-Wochen-Frist an der Konstituierung weiter mitwirkt, unter Fristgesichtspunkten schlechter, als wenn sie es unterläßt. Dies ist weder einer zügigen Konstituierung, noch einer zügigen Ablehnungserklärung förderlich. Deshalb ist im Ergebnis eine erweiternde Auslegung im Hinblick auf den Fristbeginn vorzuziehen: Die Ablehnungsfrist beginnt mit der Kenntnis des Ablehnungsgrundes und der Zusammensetzung des Schiedsgerichts, frühestens jedoch mit der Bildung des Schiedsgerichts.

338

Die vorstehenden Überlegungen nötigen zu keiner Revision der Definition der Zusammensetzung des Schiedsgerichts im Lichte des § 1037 Abs. 2 Satz 1 ZPO: Die Zusammensetzung mit Bildung des Schiedsgerichts gleichzusetzen, hat sich als unauflösbar widersprüchlich im Ersetzungsverfahren gezeigt.<sup>490</sup> In das schiedsgerichtliche Ablehnungsverfahren fügt sich die gefundene Definition der Zusammensetzung des Schiedsgerichts im Regelfall ein und spiegelt das Verhältnis zwischen § 1036 Abs. 2 ZPO und § 1037 Abs. 2 Satz 1 ZPO bezogen auf den Kreis der überhaupt ablehnbaren Schiedsrichter konsequent wider. Die gefundene Definition der Zusammensetzung des Schiedsgerichts erfordert zudem auch im schiedsgerichtlichen Ablehnungsverfahren keine Entscheidung gegen den Wortlaut des § 1037 Abs. 2 Satz 1 ZPO, da dieser mit der Normierung des Schiedsgerichts als Adressaten der Ablehnungserklärung für den Fristbeginn zusätzlich voraussetzt, daß das Schiedsgericht gebildet ist. Dennoch wird durch diese Auslegung Zusammensetzung und Bildung des Schiedsgerichts für das schiedsgerichtliche Ablehnungsverfahren im Ergebnis nicht gleichgesetzt: Denn die ablehnende Partei muß nach § 1037 Abs. 2 Satz 1 ZPO Kenntnis lediglich von der Zusammensetzung des Schiedsgerichts (und ohnehin vom Ablehnungsgrund) haben. Die Bildung des Schiedsge-

339

<sup>489</sup> Vgl. Rdnr. 331.

<sup>490</sup> Vgl. Rdnr. 71.

richts als dritter Anknüpfungspunkt für den Fristbeginn und Grundvoraussetzung jeder schiedsgerichtlichen Ablehnung ist allein objektiv zu bestimmen, da sich das Erfordernis der Kenntnis nach dem Wortlaut darauf gerade nicht bezieht. Deshalb besteht für die ablehnende Partei zur Sicherung ihrer fristgerechten Ablehnungserklärung eine Nachforschungsobliegenheit, ob die Bildung des Schiedsgerichts erfolgt ist. Dies ist auch sachgerecht: Denn die zur Bildung des Schiedsgerichts führende Ernennung betrifft einen Schiedsrichter, für den die ablehnende Partei (zumindest mit-) bestellungsbefugt ist. Sie ist also in ihrer Sphäre betroffen. Kenntnis von der Zusammensetzung des Schiedsgerichts muß eine Partei nicht notwendig von sich aus haben, da sich die Ernennung von Schiedsrichtern, an deren Bestellung sie nicht beteiligt ist, ohne ihre Kenntnis vollziehen kann. Für die übrigen Schiedsrichter gilt dies nicht, weil auch die ablehnende Partei Adressat der zur Ernennung führenden Annahme des Schiedsrichteramts ist. Deshalb ist es folgerichtig, daß § 1037 Abs. 2 Satz 1 ZPO für den Fristbeginn neben der Kenntnis des Ablehnungsgrundes allein die Kenntnis von der Zusammensetzung fordert.

- 340 Zusammengefaßt beginnt die Ablehnungsfrist demnach mit der Kenntnis des Ablehnungsgrundes und der Kenntnis der Zusammensetzung des Schiedsgerichts, frühestens jedoch mit der objektiv zu bestimmenden Bildung des Schiedsgerichts.
- 341 Die Festlegung der äußersten zeitlichen Grenze des schiedsgerichtlichen Ablehnungsverfahrens macht – legt man konsequent die Etappen der Konstituierung zugrunde – keine Schwierigkeiten. Ausgangspunkt ist eine einfache Überlegung: Die Ablehnung eines Schiedsrichters setzt voraus, daß der Betreffende noch Schiedsrichter ist, also das Schiedsrichteramt fortbesteht, andernfalls müßte der Betreffende nicht mehr abgelehnt werden. Auch der daraus gezogene Rückschluß ist richtig: Ablehnung ist also möglich, solange das Schiedsrichteramt besteht. Denn liegt ein Ablehnungsgrund vor, besteht grundsätzlich ein berechtigtes Interesse der ablehnenden Partei, das Schiedsrichteramt zu beenden. Das Schiedsrichteramt endet im Regelfall mit der Beendigung des Amtes des Schiedsgerichts.<sup>491</sup> Dieser Zeitpunkt ist deshalb die äußerste zeitliche Grenze einer statthaften Ablehnungserklärung, solange das Schiedsrichteramt des Abgelehnten nicht im Ausnahmefall auf andere Weise geendet hat.
- 342 Während des laufenden schiedsrichterlichen Verfahrens ergeben sich mit dem vorstehenden Verständnis keine Probleme. Fraglich ist, ob dieses einfache System eine Zäsur durch den Erlaß des Schiedsspruchs erfährt: Erlangt eine Partei erst im Verlaufe des schiedsrichterlichen Verfahrens Kenntnis von einem Ablehnungsgrund, kann es sein, daß bei Ausschöpfen der

<sup>491</sup> Vgl. Rdnr. 65.

Zwei-Wochen-Frist für die Ablehnungserklärung ein Schiedsspruch bereits erlassen ist. Es kann sogar sein, daß die ablehnende Partei erst nach dem Schiedsspruch Kenntnis vom Ablehnungsgrund erlangt. Dann stellen sich zwei Fragen: Zum einen muß beantwortet werden, ob und wie sich Ablehnung und Ablehnungsgrund auf den Schiedsspruch auswirken – dies wird im Zusammenhang mit den Aufhebungsgründen im Aufhebungsverfahren untersucht.<sup>492</sup> Zum anderen ist die Frage zu klären, ob die Ablehnung auch nach dem Schiedsspruch statthaft ist. Diese Frage ist dogmatisch leicht beantwortbar, wenn wiederum von den Etappen der Konstituierung ausgegangen wird: Der Schiedsspruch allein beendet das Schiedsrichteramt im Regelfall nicht. Solange noch einer der Vorbehalte des § 1056 Abs. 3 ZPO besteht, also bis zur Beendigung des Amtes des Schiedsgerichts, kann das Schiedsgericht noch weiter tätig werden. Es hatte sich gezeigt, daß es dabei substantielle Entscheidungen in der Sache treffen kann – und zwar zum Teil ohne Antrag einer der Parteien von „Schiedsgerichtsamts wegen“. <sup>493</sup> Da das Rechtsschutzziel des Ablehnungsverfahrens, nämlich die Beendigung eines Schiedsrichteramts, noch erreicht werden kann und dafür wegen der vorbehaltenen Entscheidungen des Schiedsgerichts auch nach dem Schiedsspruch ein Rechtsschutzbedürfnis besteht, bildet der Schiedsspruch keine Zäsur. Vielmehr bleibt es bei der einfachen Ausgangsüberlegung: Ablehnung ist einschränkungslos statthaft, solange das Schiedsrichteramt des Betreffenden noch besteht. Dieses Ergebnis ist wegen des strukturellen Unterschiedes zwischen dem staatlichen Richter und dem Schiedsrichter gerechtfertigt: Der staatliche Richter übt ein Amt aus, dessen Kontinuität auch bei etwaigen erfolgreichen Ablehnungen gewahrt bleibt. Eine Amtsbeendigung ist im staatlichen Zivilprozeß deshalb nicht vorgesehen. Vielmehr reicht im Regelfall die Möglichkeit eines Rechtsmittels in der Hauptsache aus, um eine etwaig unter Verstoß gegen die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit getroffene Entscheidung zu korrigieren. Das Schiedsrichteramt hingegen ist ein für den konkreten Rechtsstreit übertragenes Amt. Wird es nicht beendet, kann der Schiedsrichter an den nach § 1056 Abs. 3 ZPO vorbehaltenen Entscheidungen mitwirken. Ein echtes Rechtsmittel gegen den Schiedsspruch, mit dem die inhaltliche Überprüfung des Entscheidungsergebnisses erreicht werden kann, besteht im schiedsrichterlichen Verfahren obendrein nicht. Statthaft ist allein der Antrag auf Aufhebung des Schiedsspruchs nach § 1059 ZPO, in dem lediglich eine eingeschränkte, insbesondere verfahrensrechtliche Überprüfung des schiedsrichterlichen Verfahrens stattfindet. Da nachträglich geltend gemachte konstituierungsbezogene Verstöße in den Verfahren nach dem Schiedsspruch nicht unmittelbar überprüft werden können, sondern konstituierungsbezogen im wesentlichen gemäß § 1059 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. d) Alt. 1 ZPO lediglich überprüft

---

<sup>492</sup> Ausführlich und im Zusammenhang mit den Rechtsbehelfen nach dem Schiedsspruch RdNr. 387 ff.

<sup>493</sup> Ausführlich für die drei Vorbehalte RdNr. 65 i.V.m. RdNr. 74 ff.

wird, ob die Bildung des Schiedsgerichts den Vereinbarungen der Parteien und den subsidiären gesetzlichen Regelungen entsprochen hat, wird das Bedürfnis der ablehnenden Partei für eine Überprüfung des Ablehnungsgrundes im Ablehnungsverfahren durch den Erlaß eines Schiedsspruchs nicht geringer.

343 Die ganz herrschende Meinung<sup>494</sup> und bisher ständige Rechtsprechung<sup>495</sup> nimmt dennoch an, das Ablehnungsverfahren sei nach Erlaß des Schiedsspruchs nicht mehr statthaft, weil es allein dem Ziel diene, das Aufhebungsverfahren vorzubereiten. Wie gezeigt, ist dieses Argument nicht richtig. Die Auffassung gilt es deshalb zu überdenken.

344 Auch die weiteren Argumente für einen Ausschluß des Ablehnungsverfahrens nach Erlaß des Schiedsspruchs, die der *Bundesgerichtshof*<sup>496</sup> in seiner letzten einschlägigen Entscheidung noch unter Zugrundelegung alten Rechts anführte, überzeugen unabhängig davon nicht, daß (insoweit konsequent) die Normierung der Beendigung des Schiedsrichteramts nach geltendem Verfahrensrecht noch keine Berücksichtigung fand: Der Senat meint, daß die Einleitung des förmlichen Ablehnungsverfahrens wegen Besorgnis der Befangenheit nach dem Erlaß des Schiedsspruchs und dessen Niederlegung ausgeschlossen ist. Dafür spreche eine Parallele zum ordentlichen Zivilprozeß, in dem die Ablehnung nach der Rechtskraft auch nicht mehr im Ablehnungsverfahren begehrt werden könne. Einschlägig sei allein die Nichtigkeitsklage. Dies überzeugt deshalb nicht, weil ein schiedsrichterliches Verfahren insoweit strukturell nicht mit einem staatlichen Zivilprozeß vergleichbar ist: Das schiedsrichterliche Verfahren ist in aller Regel eininstanzlich. Im staatlichen Zivilprozeß mit seinen Rechtsmittelmöglichkeiten macht es Sinn, schematisch auf die Rechtskraft abzustellen, weil der Fall ausgeschlossen werden kann, daß die Parteien überhaupt keine Entscheidung eines ordnungsgemäß besetzten Gerichts erlangten: Denn besteht ein Ablehnungsrecht, das in erster Instanz deshalb nicht mehr geltend gemacht werden konnte, weil der Ablehnungsgrund erst nach der Entscheidung

<sup>494</sup> Geimer, in: Zöller, ZPO, 26. Aufl., § 1037 Rdnr. 4; Hartmann, in: Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 65. Aufl., § 1037 Rdnr. 3; Lachmann, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnr. 627; Mankowski, Die Ablehnung von Schiedsrichtern, SchiedsVZ 2004, 304, 306; Schlosser, in: Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl., § 1036 Rdnr. 28; Voit, in: Musielak, ZPO, 5. Aufl., § 1037 Rdnr. 6; Vollkommer, Der Ablehnbare Richter, 2001, S. 355 f., der jedoch die uneingeschränkte Geltendmachung nachträglich bekannt gewordener Ablehnungsgründe im Aufhebungsverfahren zuläßt; Weigel, Befangenheit im Schiedsgerichtsverfahren, MDR 1999, 1360, 1361. Wohl auch Reichold, in: Thomas/Putzo, ZPO, 27. Aufl., § 1037 Rdnr. 9, der ebenfalls jedoch lediglich die Geltendmachung der Ablehnungsgründe in den Verfahren nach dem Schiedsspruch einschränkt, aber nicht klarstellt, ob das Ablehnungsverfahren selbst unzulässig wird. Undeutlich Münch, in: Münchener Kommentar, ZPO, 2. Aufl., § 1037 Rdnr. 16, der Fälle späterer Kenntniserlangung jedoch uneingeschränkt als Aufhebungsgründe zuläßt.

<sup>495</sup> BGH, Ur. v. 04.03.1999 – III ZR 72/98 (Frankfurt a.M.), DIS-Datenbank, unter 6. der Gründe, m.w.N.; Bay-ObLG, Beschl. v. 27.05.2003 – 4 Z SchH 08/03, DIS-Datenbank, unter II. 3. der Gründe; KG, Beschl. v. 08.04.2002 – 23/29 Sch 13/01, DIS-Datenbank, unter II. 2. f) der Gründe; OLG Naumburg, Beschl. v. 19.12.2001 – 10 SchH 03/01, DIS-Datenbank, unter IV. 6. a) und b) der Gründe.

<sup>496</sup> BGH, Ur. v. 04.03.1999 – III ZR 72/98 (Frankfurt a.M.), DIS-Datenbank, unter 2. ff. der Gründe.

bekannt wurde, so kann die Entscheidung im Rechtsmittelverfahren überprüft werden. Besteht das Ablehnungsrecht erst in der Rechtsmittelinanz, so hat die ablehnende Partei in jedem Fall bereits eine Entscheidung eines ordnungsgemäß besetzten erstinstanzlichen Gerichts erlangt. Die eingeschränkte Geltendmachung der Ablehnung nach der Rechtskraft einer Entscheidung der Rechtsmittelinanz ist daher gerechtfertigt. Im schiedsrichterlichen Verfahren müßte die ablehnende Partei jedoch eine Entscheidung endgültig hinnehmen, die ein nicht ordnungsgemäß besetztes Schiedsgericht als einzige Instanz erlassen hat. Deshalb überzeugt, die Parallele zum staatlichen Zivilprozeß zu ziehen, schon im Ansatz nicht.

Die weitere Argumentation des *Bundesgerichtshofs* stellt auf die Abwägung zwischen Rechtssicherheit und Rechtsfrieden einerseits und der überragenden Bedeutung der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit für das schiedsrichterliche Verfahren andererseits ab, um zu klären, ob der erst nachträglich bekannt gewordene Ablehnungsgrund ausnahmsweise als Aufhebungsgrund im Verfahren nach dem Schiedsspruch geltend gemacht werden kann, was dort gesondert untersucht wird.<sup>497</sup>

345

#### 4. Verfahren

Nach Einleitung des schiedsgerichtlichen Ablehnungsverfahrens hat das Schiedsgericht der anderen Partei oder den anderen Parteien die Ablehnungserklärung gemäß § 1047 Abs. 3 ZPO zur Kenntnis zu bringen, also zu übermitteln, wenn die ablehnende Partei dies nicht bereits getan hat. Kündigt der abgelehnte Schiedsrichter,<sup>498</sup> oder einigen sich die Parteien auf die Beendigung des Schiedsrichteramts, erledigt sich das schiedsgerichtliche Ablehnungsverfahren. Andernfalls ist das Schiedsgericht zur Prüfung der Zulässigkeit und Begründetheit der Ablehnungserklärung sowie zur Entscheidung berufen. Vor einer Entscheidung hat das Schiedsgericht der Gegenseite entsprechend dem allgemeinen Verfahrensgrundsatz rechtliches Gehör zu gewähren, § 1042 Abs. 1 Satz 2 ZPO. Eine Stellungnahme des Abgelehnten im Sinne einer dienstlichen Äußerung, wie sie im staatlichen Zivilprozeß gemäß § 44 Abs. 3 ZPO vorgesehen ist, sieht das schiedsrichterliche Verfahren nicht vor. Es ist allerdings üblich, daß die interne Äußerung des abgelehnten Schiedsrichters in eine vorläufige Stellungnahme des Schiedsgerichts einfließt, die beiden Parteien zur Anhörung übermittelt wird. Eine mündliche Verhandlung über das Ablehnungsgesuch ist gesetzlich nicht vorgeschrieben, so daß das Schiedsgericht vorbehaltlich einer abweichenden Parteivereinbarung über deren Durchfüh-

346

<sup>497</sup> Ausführlich Rdnrn. 387 ff.

<sup>498</sup> Eine Kündigung will wohl überlegt sein, vgl. *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnr. 629.

rung nach pflichtgemäßem Ermessen entscheidet, vgl. § 1047 Abs. 1 Satz 1 ZPO. Zwar ist nach Satz 2 der Vorschrift in einem geeigneten Abschnitt des schiedsrichterlichen Verfahrens mündlich zu verhandeln, wenn eine Partei dies beantragt und die mündliche Verhandlung nicht durch Parteivereinbarung ausgeschlossen ist. Diese Vorschrift bezieht sich jedoch auf eine mündliche Verhandlung zur Hauptsache, so daß das Schiedsgericht, wie es der Regelfall sein wird, auch ohne mündliche Verhandlung entscheiden kann, wenn nur eine Partei die Durchführung einer mündlichen Verhandlung beantragt hat.

- 347 Das Gesetz regelt nicht, ob das schiedsrichterliche Verfahren während eines schiedsgerichtlichen Ablehnungsverfahrens fortgesetzt werden kann, wie dies im Ersetzungs- und gerichtlichen Ablehnungsverfahren der Fall ist, vgl. § 1034 Abs. 2 Satz 3 ZPO i.V.m. § 1032 Abs. 3 ZPO sowie § 1037 Abs. 3 Satz 2 ZPO. Im Beendigungsverfahren, in dem ebenfalls eine gesetzliche Regelung fehlt, lag die Lösung darin, daß bei Fehlen von Parteivereinbarungen das Schiedsgericht gemäß § 1042 Abs. 4 Satz 1 ZPO nach pflichtgemäßem Ermessen über die Fortsetzung des schiedsrichterlichen Verfahrens entscheidet.<sup>499</sup> Die dogmatische Begründung läßt sich auch auf das schiedsgerichtliche Ablehnungsverfahren übertragen. Gegen die Möglichkeit der Verfahrensfortsetzung könnte allerdings ein Umkehrschluß zu § 1037 Abs. 3 Satz 2 ZPO angeführt werden: Ist im gerichtlichen Ablehnungsverfahren die Verfahrensfortsetzung ausdrücklich zugelassen und trotz § 1042 Abs. 4 Satz 1 ZPO als regelungsbedürftig erachtet worden, kann dies als Indiz dafür gelten, daß in dem Vorschaltverfahren diese Verfahrensweise unzulässig ist. Dagegen spricht aber das fehlende Verbot der Verfahrensfortsetzung, so daß § 1042 Abs. 4 Satz 1 ZPO anwendbar bleibt. Allerdings ist der Ermessensspielraum im schiedsgerichtlichen Ablehnungsverfahren geringer als in den übrigen Fällen der Verfahrensfortsetzung: Dies folgt daraus, daß es das Schiedsgericht selbst in der Hand hat, das schiedsgerichtliche Ablehnungsverfahren voranzutreiben. In aller Regel kann deshalb vom Schiedsgericht eine unverzügliche und abschließende Entscheidung erwartet werden. Wird eine Ablehnungserklärung als womöglich taktisches Manöver zeitlich so angebracht, daß damit das Verfahren verzögert werden soll, indem zum Beispiel ein Ablehnungsgesuch in der Nacht vor einer mündlichen Verhandlung mit angekündigter umfangreicher Beweisaufnahme eingereicht wird, so kann das Schiedsgericht in aller Regel dennoch rechtzeitig vor Verfahrensfortsetzung entscheiden, ohne den Termin aufzuheben. Ist die Ablehnung begründet, läßt sich dies allerdings nicht vermeiden. Andernfalls kann das Schiedsgericht nach der Vorberatung eine vorläufige Entscheidung mündlich mitteilen und das Verfahren fortsetzen. Die endgültige Entscheidung kann, nachdem den Parteien rechtliches Gehör gewährt worden

<sup>499</sup> Vgl. Rdnr. 279.



ist, später ergehen.

Jedenfalls hat das Schiedsgericht vor einer Entscheidung in der Sache gesondert über das Ablehnungsgesuch zu entscheiden. Geschieht dies nicht, sind zwei Fälle zu unterscheiden: Wird über das Ablehnungsgesuch gar nicht entschieden, hat das Schiedsgericht einen Verfahrensantrag übergangen. Die darin liegende Verletzung des Verfahrens führt ohne weiteres zur Aufhebbarkeit des Schiedsspruchs nach § 1059 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. d) Alt. 2 ZPO, da nicht auszuschließen ist, daß bei pflichtgemäßer Entscheidung über das Ablehnungsgesuch die Ablehnung im schiedsgerichtlichen oder eventuell nachfolgenden gerichtlichen Ablehnungsverfahren erfolgreich gewesen wäre. Bei einem aus anderen Personen gebildeten Schiedsgericht besteht immer die Möglichkeit einer anderen Entscheidung, weshalb sich der Verfahrensverstoß auch ausgewirkt hat. Auf eine Prüfung des geltend gemachten Ablehnungsgrundes kommt es dann im Aufhebungsverfahren nicht an. Außerdem kann die ablehnende Partei bei einem Übergehen eines Ablehnungsantrags durch das Schiedsgericht auf diese Verfahrensweise einen Ablehnungsantrag stützen.<sup>500</sup>

348

In der zweiten Konstellation entscheidet das Schiedsgericht über die Ablehnung erst im Schiedsspruch, was dann nur eine Zurückweisung der Ablehnungserklärung sein kann. Auch dieses Vorgehen führt zur Verkürzung, jedenfalls zur Erschwerung der Rechtsschutzmöglichkeiten der ablehnenden Partei und ist deshalb zu vermeiden: Denn die ablehnende Partei muß nunmehr sowohl ihr Ablehnungsrecht weiter verfolgen, als auch zugleich gegen den Schiedsspruch vorgehen. Die richtige Vorgehensweise ist umstritten und mit Hürden verbunden: Nach einer Ansicht ist der Ablehnungsgrund allein im Aufhebungsverfahren geltend zu machen, in dem die Ablehnungsgründe nicht präkludiert sind, wenn die das schiedsgerichtliche Ablehnungsverfahren einleitende Ablehnungserklärung fristgerecht erfolgte.<sup>501</sup> Dies wird damit begründet, daß im gerichtlichen Ablehnungsverfahren nach § 1037 Abs. 3 ZPO nur über die Ablehnung entschieden werden kann, ohne daß der Schiedsspruch erforderlichenfalls (auch) aufgehoben werden könnte. Die Fortsetzung des Ablehnungsverfahrens diene also nur der Vorbereitung des Aufhebungsverfahrens, weshalb es prozeßökonomischer sei, die Entscheidung sogleich in diesem Verfahren zu treffen. Nach anderer Auffassung<sup>502</sup> ist das ge-

349

<sup>500</sup> Vgl. *Münch*, in: Münchener Kommentar, ZPO, 2. Aufl., § 1037 Rdnr. 17.

<sup>501</sup> *Mankowski*, Die Ablehnung von Schiedsrichtern, SchiedsVZ 2004, 304, 306; *Nacimienta/G. Geimer*, Anmerkung zu *OLG Stuttgart*, Beschl. v. 16.07.2002 – 1 Sch 08/02, SchiedsVZ 2003, 88, 89 f.; *Voit*, in: Musielak, ZPO, 5. Aufl., § 1037 Rdnr. 5. So wohl auch *OLG Stuttgart*, Beschl. v. 16.07.2002 – 1 Sch 08/02, DIS-Datenbank, wobei die Besonderheit des Falles darin lag, daß beide Parteien die Ablehnungsgründe allein im Aufhebungsverfahren weiterverfolgten, was der Senat unter III. 2. c) der Gründe überzeugend als Verzicht auf eine Entscheidung des Schiedsgerichts wertete.

<sup>502</sup> *Münch*, in: Münchener Kommentar, ZPO, 2. Aufl., § 1037 Rdnr. 17; *Schlosser*, in: Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl., § 1037 Rdnr. 5.

richtliche Ablehnungsverfahren gemäß § 1037 Abs. 3 ZPO durchzuführen und solange das aus Fristwahrungsgründen parallel einzuleitende Aufhebungsverfahren bzw. ein Vollstreckbarerklärungsverfahren auszusetzen. Dies wird damit begründet, daß für Aufhebungsverfahren und Ablehnungsverfahren (bei entsprechender Parteivereinbarung) nicht dasselbe Oberlandesgericht zuständig sein muß und außerdem im Aufhebungsverfahren anders als im gerichtlichen Ablehnungsverfahren gemäß § 1063 Abs. 2 ZPO zwingend mündlich zu verhandeln ist. Schon dies überzeugt, denn bei Verweisung der ablehnenden Partei auf das Aufhebungsverfahren wird dieser verwehrt, zunächst ohne zugelassenen deutschen Rechtsanwalt zu einer gerichtlichen Entscheidung zu gelangen. Außerdem spricht für die vorrangige Prüfung der Ablehnung im gerichtlichen Ablehnungsverfahren nach § 1037 Abs. 3 ZPO, daß in diesem Verfahren im Regelfall keine gesonderten Rechtsanwaltskosten entstehen.<sup>503</sup> Das Aufhebungsverfahren ist jedoch gebührenrechtlich ein gesondertes Verfahren. Die Rechtsanwälte verdienen die „normalen“ Gebühren, also 1,3 Verfahrensgebühr gemäß Nr. 3100 VV RVG sowie 1,2 Terminsgebühr gemäß Nr. 3104 VV RVG. Die Vorschriften sind gemäß Vorbemerkung 3.1 Abs. 1 VV RVG anzuwenden, wenn keine gesonderten Regelungen bestehen. Anders als in den Rechtsbehelfsverfahren des dritten Abschnitts des 10. Buches der ZPO bestehen solche Regelungen für das Aufhebungsverfahren nicht. Auch das Argument der Vorbereitung des Aufhebungsverfahrens durch das Ablehnungsverfahren ist nicht zwingend, weil die Parteien vereinbaren könnten, daß der Schiedsspruch bei gerichtlicher Beendigung des Schiedsrichteramts im Ablehnungsverfahren keine Wirkung haben soll, sondern vielmehr das schiedsrichterliche Verfahren nach Ersatzbestellung eines Schiedsrichters fortzusetzen ist. In diesem Fall wäre ein Aufhebungsverfahren entbehrlich.

- 350 Im Ergebnis ergeben sich nach beiden Auffassung aber keine entscheidenden Unterschiede: Denn in jedem Fall muß die ablehnende Partei gegen den Schiedsspruch auch im Aufhebungsverfahren vorgehen und sogleich alle in Betracht kommenden Aufhebungsgründe gemäß § 1059 Abs. 1 Nr. 1 ZPO begründet geltend machen, denn ihr droht Präklusion des Aufhebungsverfahrens gemäß § 1059 Abs. 3 ZPO. Ist wie im Regelfall für die Rechtsbehelfe der Ablehnung gemäß § 1037 Abs. 3 ZPO und der Aufhebung des Schiedsspruchs gemäß § 1059 ZPO dasselbe Oberlandesgericht zuständig, können beide Rechtsbehelfe in objektiver Klagehäufung geltend gemacht werden. Die Voraussetzungen der objektiven Klagehäufung gemäß § 260 ZPO liegen dann vor, denn es handelt sich um dieselben Prozeßparteien und dieselbe Prozeßart, da in beiden Fällen eine Gestaltungsentscheidung des 10. Buchs der ZPO begehrt wird. Der prozessual einzige Unterschied zwischen beiden Verfahren, daß nur im Aufhe-

<sup>503</sup> Vgl. zu den Kosten Rdnr. 375.

bungsverfahren zwingend mündlich zu verhandeln ist, begründet keine verschiedene Prozeßart, da auch im Ablehnungsverfahren mündlich verhandelt werden kann. Praktisch kann die Antragstellerseite zunächst allein die Ablehnung mit einem Antrag nach § 1037 Abs. 3 ZPO verfolgen. Ergibt die Entscheidung des Gerichts vor Ablauf der Präklusionsfrist für das Aufhebungsverfahren, kann sie bei Obsiegen gestützt auf § 1059 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. d) ZPO das Aufhebungsverfahren einleiten, andernfalls die Entscheidung hinnehmen, wenn die fehlerhafte Bildung des Schiedsgerichts gemäß § 1059 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. d) ZPO der einzige von der Partei begehrte Aufhebungsgrund ist. Droht Präklusion im Aufhebungsverfahren vor einer Entscheidung des Gerichts im Verfahren nach § 1037 Abs. 3 ZPO, kann die Partei Antrag auf Aufhebung des Schiedsspruchs im anhängigen Verfahren stellen, indem sie das Ablehnungsverfahren in objektiver Klagehäufung erweitert. Dabei bietet es sich an, den Aufhebungsantrag als Hilfsantrag für den Fall des Obsiegens mit dem Ablehnungsantrag zu stellen,<sup>504</sup> wenn die fehlerhafte Bildung des Schiedsgerichts gemäß § 1059 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. d) ZPO der einzige von der Partei begehrte Aufhebungsgrund ist. Der Hilfsantrag ist in diesem Fall jedenfalls bereits mit Antragstellung fristwährend, weil § 1059 Abs. 3 Satz 1 ZPO lediglich erfordert, daß der Aufhebungsantrag innerhalb der Frist „bei Gericht eingereicht wird.“ Auf die Zustellung kommt es nicht an. Auch ein hilfsweise erhobener Aufhebungsantrag wird somit bereits mit dessen Anhängigkeit rechtshängig. Es wurde – wohl im Hinblick auf die Erwägung, daß die Rücknahme des Aufhebungsantrags zur Ermäßigung der Gerichtskosten von 2,0 auf 1,0 Gerichtsgebühren gemäß §§ 3 Abs. 2, 48 Abs. 1 Satz 1 GKG i.V.m. KV Nr. 1627 führt – vorgeschlagen, den Aufhebungsantrag im Falle eines noch laufenden Ablehnungsverfahrens fristwährend mit der Maßgabe zu stellen, eine Zustellung erst nach der Entscheidung über den Ablehnungsantrag zu bewirken.<sup>505</sup> Diese Verfahrensweise ermöglichte die Rücknahme des Aufhebungsantrags, wenn die Aufhebung allein auf den konstituierungsbezogenen Verfahrensverstoß gestützt wird und dessen Vorliegen vom Gericht verneint wird. Da der Aufhebungsantrag als verfahrenseinleitender Antrag aber ein bestimmender Antrag ist, muß das Gericht den Antragsschriftsatz jedoch zustellen.<sup>506</sup> Der Antragsgegnerseite darf die Verfahrenseinleitung des Aufhebungsverfahrens nicht vorenthalten werden: Jede Partei hat ein schützenswertes rechtliches Interesse daran, von einer Verfahrenseinleitung informiert zu werden, auch wenn die Rechtshängigkeit bereits mit der Anhängigkeit eintritt. Für das vorgeschlagene Verfahren besteht auch unter Kostengesichtspunkten kein Bedürfnis, da es für die Antragstellerseite bei noch laufendem Ablehnungsverfahren günstiger ist, den Aufhebungsan-

<sup>504</sup> Zur Zulässigkeit eines Hilfsantrags für den Fall des Obsiegens mit dem Hauptantrag *Greger*, in: Zöller, ZPO, 26. Aufl., § 260 Rdnr. 4, m.w.N.

<sup>505</sup> So *Schlosser*, in: Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl., § 1059 Rdnr. 25.

<sup>506</sup> *Stöber*, in: Zöller, ZPO, 26. Aufl., vor § 166 Rdnr. 1.

trag als Hilfsantrag zu stellen. Dessen Rechtshängigkeit ist durch die Stattgabe der mit dem Hauptantrag begehrten Entscheidung auflösend bedingt. Unterliegt die Antragstellerseite im Ablehnungsverfahren, so daß über den Hilfsantrag dann nicht zu entscheiden ist, fallen also gar keine Kosten im Hinblick auf den Aufhebungsantrag an.

351 Es ist nicht nur für die Parteien unter Kostengesichtspunkten, sondern auch für das Oberlandesgericht prozeßökonomischer, wenn der Aufhebungsantrag als Hilfsantrag für den Fall des Obsiegens mit dem Ablehnungsbegehren gestellt wird, als allein im Aufhebungsverfahren zu entscheiden und dort eine Inzidentprüfung des Ablehnungsantrags vorzunehmen: Wird zunächst lediglich der Ablehnungsantrag verhandelt, kann dies ohne mündliche Verhandlung geschehen. Außerdem ist in diesem Verfahren der Prüfungsgegenstand beschränkt, so daß eine Entscheidung schneller als im Aufhebungsverfahren ergehen kann. Ist das Ablehnungsbegehren unbegründet, endet das Verfahren mit der zurückweisenden Entscheidung. Bei Stattgabe des Ablehnungsantrags bietet sich für das Gericht ein Teilurteil gemäß § 301 Abs. 1 ZPO an. Wegen der dann feststehenden fehlerhaften Bildung des Schiedsgerichts im Zeitpunkt des Schiedsspruchs kann dieser im dann rechtshängigen Aufhebungsverfahren sogleich aufgehoben werden, ohne die etwaigen anderen Aufhebungsgründe prüfen zu müssen.

352 Da eine Entscheidung des Gerichts über den Ablehnungsantrag vor Ablauf der Präklusionsfrist für das Aufhebungsverfahren selten zu erlangen sein wird, hat die ablehnende Partei im Regelfall die „volle Arbeit“, wenn das Ablehnungsgesuch erst im Schiedsspruch behandelt wird: Sie muß das Aufhebungsverfahren unter allen Gesichtspunkten einleiten, um Präklusion zu verhindern. Dies gilt nur dann nicht, wenn die Parteien trotz einer Ablehnung, die oben drein erst im Schiedsspruch behandelt worden ist, doch noch zusammenfinden: Sie können pragmatisch die gemäß § 1059 Abs. 3 Satz 1 ZPO unter Parteivorbehalt stehende Präklusionsfrist für das Aufhebungsverfahren verlängern und damit die Obliegenheit der ablehnenden Partei zur Einleitung dieses Verfahrens hinauszögern. Dennoch verbleibt den Parteien dann das Risiko, daß das Oberlandesgericht eine Entscheidung im gerichtlichen Ablehnungsverfahren nach § 1037 Abs. 3 ZPO nach einem Schiedsspruch nicht (mehr) für statthaft hält. Fälle, in denen die ablehnende Partei dies austesten könnte, sind jedoch unwahrscheinlich, weil kaum ein Schiedsgericht erst im Schiedsspruch über die Ablehnung entscheiden wird.

## **5. Darlegungs- und Beweislast**

353 Zur Darlegungs- und Beweislast gelten die Vorschriften der ZPO nicht unmittelbar, es sei

denn, die Parteien haben dies vereinbart. Das Schiedsgericht ist bei der Beweisaufnahme deshalb wesentlich freier als das staatliche Gericht, wobei sich das Schiedsgericht in der Regel am allgemeinen Maßstab orientiert.<sup>507</sup> Deshalb gelten die Grundsätze wie im Ablehnungsverfahren nach § 1037 Abs. 3 ZPO.<sup>508</sup> Allerdings kann das Schiedsgericht eine Glaubhaftmachung anders als das Gericht genügen lassen.

## II. Entscheidung

Das Schiedsgericht entscheidet über das Ablehnungsgesuch, § 1037 Abs. 2 Satz 2 ZPO. Nach 354 dieser einschränkungslosen Regelung gilt dies auch für einen Einzelschiedsrichter. Da es um keine Entscheidung in der Sache geht, ist kein Schiedsspruch zu erlassen, sondern durch Beschluß zu entscheiden.

Das Schiedsgericht entscheidet nach dem kritisch zu beurteilenden, aber eindeutigen Wortlaut 355 des § 1037 Abs. 2 Satz 2 ZPO unter Einschluß des Abgelehnten.<sup>509</sup> Dies ist eine bewußte gesetzgeberische Entscheidung für eine Ausnahme vom Grundsatz, daß niemand Richter in eigener Sache sein kann. Die Frage ist im Gesetzgebungsverfahren kontrovers diskutiert worden: Zunächst war in Abweichung von der Regelung des Modellgesetzes eine Entscheidung des Schiedsgerichts ohne den Abgelehnten vorgesehen. Dessen Mitentscheidungsbefugnis wurde letztlich aus Harmonisierungsgründen und vor allem deshalb der Vorzug gegeben, weil eine potentielle Überrepräsentation der ablehnenden Partei im schiedsgerichtlichen Ablehnungsverfahren vermieden werden sollte. Außerdem gelte das Verbot des Richtens in eigener Sache im Schiedsgerichtsverfahren nicht uneingeschränkt.<sup>510</sup> Die Mitentscheidung des Abge-

<sup>507</sup> *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnr. 798.

<sup>508</sup> Ausführlich Rdnrn. 371 f.

<sup>509</sup> Vgl. dazu (teils sehr kritisch) *Calavros*, Das UNCITRAL-Modellgesetz über die internationale Handelschiedsgerichtsbarkeit, S. 72; *Geimer*, in: Zöller, ZPO, 26. Aufl., § 1037 Rdnr. 2; *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnr. 630; *Münch*, in: Münchener Kommentar, ZPO, 2. Aufl., § 1037 Rdnr. 8; *Saenger*, in: Saenger, ZPO, 1. Aufl., § 1037, Rdnr. 4; *Theune*, in: Schütze, Institutionelle Schiedsgerichtsbarkeit, 2006, § 18 DIS-VerfO Rdnr. 11; *Voit*, in: Musielak, ZPO, 5. Aufl., § 1037 Rdnr. 4; *OLG Hamm*, Beschl. v. 07.03.2002 – 11 Sch 01/02, DIS-Datenbank, unter II. 2. c) bb) der Gründe. Gegen die Kritik argumentieren *Mönnikes*, Die Reform des deutschen Schiedsverfahrensrechts, S. 70 f., der seinerseits allerdings das Fehlen einer Regelung bei der Ablehnung mehrerer Schiedsrichter kritisiert; *Schroeter*, Anmerkung zu *OLG München*, Beschl. v. 06.02.2006 – 34 SchH 10/05, EWIR 2006, 480, dem die Regelung im Fall eines Einzelschiedsrichters einerseits „unpassend erscheint“, der andererseits aber auch in diesem Fall das vom Einzelschiedsrichter durchzuführende schiedsgerichtliche Ablehnungsverfahren wegen des Beginns der Monatsfrist für das (gerichtliche) Ablehnungsverfahren nach § 1037 Abs. 3 ZPO zutreffend für nicht verzichtbar hält. Nach wie vor a.A. zur Mitwirkung des Abgelehnten *Reichold*, in: Thomas/Putzo, ZPO, 27. Aufl., § 1037 Rdnr. 4, der dies mit einem Umkehrschluß zu § 1037 Abs. 3 Satz 2 ZPO begründet. Dies überzeugt unabhängig von der Entstehungsgeschichte der Norm deshalb nicht, weil das Schiedsgericht im gesamten 10. Buch der ZPO stets das Schiedsgericht einschließlich aller seiner Schiedsrichter umfaßt.

<sup>510</sup> Vgl. zur ursprünglichen Entwurfsfassung Regierungsbegründung des Gesetzentwurfes des Schiedsverfahrens-Neuregelungsgesetzes – SchiedsVfG, BT-Drucks. 13/5274, Begründung zu § 1037 Abs. 2 Satz 2 ZPO, S. 41, und zur Änderung Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 13/9124, Begründung zu § 1037 Abs. 2 Satz 2 ZPO, S. 46. Kritisch *Münch*, in: Münchener Kommentar, ZPO, 2. Aufl., § 1037 Rdnr. 2

lehnten läßt sich strukturell allerdings damit rechtfertigen, daß von vornherein eine zweistufige Kontrolle vorgesehen ist.<sup>511</sup> Diese Argumente halten einer kritischen Prüfung am Maßstab einer neueren Entscheidung des *Bundesverfassungsgerichts*<sup>512</sup> zu den Grenzen der Mitwirkung des abgelehnten Richters im Strafprozeß wohl immer noch stand: Die 3. Kammer des Zweiten Senats betont, daß eine gesetzliche Regelung, die dem abgelehnten Richter – anders als in § 26 a StPO – eine echte inhaltliche Entscheidung über das gegen ihn gerichtete Ablehnungsgesuch ermögliche, verfassungsrechtlich bedenklich wäre und eine spätere Kontrolle im Revisionsrechtszug als Kompensationsmöglichkeit nicht genüge. Gegen die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Regelung der Befugnis zur Mitentscheidung des Abgelehnten im Vorschaltverfahren nach § 1037 Abs. 2 Satz 2 ZPO dürfte die Entscheidung trotz dieser deutlichen Worte nicht sprechen: Denn sie beruht wesentlich auf der Prämisse, daß niemand seinem gesetzlichen Richter entzogen werden darf, vgl. Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG. Dessen materiellrechtlicher Gewährleistungsgehalt umfaßt, „... dass der Rechtssuchende im Einzelfall vor einem Richter steht, der unabhängig und unparteiisch ist und der die Gewähr für Neutralität und Distanz gegenüber den Verfahrensbeteiligten bietet ...“.<sup>513</sup> Auf den gesetzlichen Richter haben die Parteien eines schiedsrichterlichen Verfahrens aber verzichtet. Und der materiellrechtliche Gewährleistungsgehalt soll nach dem Willen des Gesetzgebers insoweit nicht einschränkungslos gelten. Dies läßt sich auch verfassungsrechtlich rechtfertigen, wenn ausnahmsweise Gründe für eine Mitentscheidungsbefugnis des Abgelehnten sprechen und eine effektive Kontrollmöglichkeit besteht, was beides der Fall ist: Solche Gründe hat der Gesetzgeber angeführt und eine effektive, zeitnahe Kontrolle ist sichergestellt. Denn im schiedsrichterlichen Verfahren besteht mit § 1037 Abs. 3 ZPO stets ein Rechtsbehelf unmittelbar gegen die dem Ablehnungsgesuch nicht stattgebende Entscheidung des Schiedsgerichts. Im Strafprozeßrecht hingegen ist eine Kontrolle im Regelfall erst nach Abschluß der Instanz und damit vollständiger Verfahrensdurchführung möglich, vgl. §§ 26 a, 28 Abs. 2 StPO. Wegen der nicht vergleichbaren Ausgangslage im Hinblick auf den gesetzlichen Richter und wegen des strukturellen Unterschieds bei der Kontrolle der Entscheidung bestehen deshalb gegen die Verfassungsgemäßheit der Norm keine durchgreifenden Bedenken und der Schiedsrichter kann an der Abstimmung über das Ablehnungsgesuch teilnehmen. Im Regelfall, in dem das Schiedsgericht vertrauensvoll zusammenarbeitet, enthält sich der Abgelehnte in der Praxis meist.

<sup>511</sup> Münch, in: Münchener Kommentar, ZPO, 2. Aufl., § 1037 Rdnr. 8; Voit, in: Musielak, ZPO, 5. Aufl., § 1037 Rdnr. 4.

<sup>512</sup> Zu § 26 a StPO BVerfG, Beschl. v. 02.06.2005 – 2 BvR 625/01 u.a., NJW 2005, 3410 ff., insbesondere S. 3412 und 3414.

<sup>513</sup> BVerfG, Beschl. v. 02.06.2005 – 2 BvR 625/01 u.a., NJW 2005, 3410, 3411.

Für die Abstimmung gilt in erster Linie § 1052 Abs. 1 ZPO. Danach ist bei Fehlen von Parteivereinbarungen mit der Mehrheit der Stimmen aller Mitglieder zu entscheiden. Ein Abstimmungspatt führt folglich zur Zurückweisung des Ablehnungsgesuchs. Weigert sich ein Schiedsrichter an der Abstimmung teilzunehmen, ist nach § 1052 Abs. 2 ZPO zu verfahren. Abs. 3 der Vorschrift findet keine Anwendung, da die Entscheidung über die Ablehnung keine einzelne Verfahrensfrage betrifft.<sup>514</sup> Eine bestimmte Form ist für den Beschluß gesetzlich nicht vorgesehen, jedoch ist Schriftform Standard. Der Beschluß ist allen Parteien mitzuteilen. Wie stets bei der Kommunikation zwischen Schiedsgericht und Partei sollte dafür eine Übermittlungsform gewählt werden, die den Zeitpunkt des Zugangs nachzuweisen geeignet ist (auch dies spricht für Schriftform). Der Zugangsnachweis ist bei Nichtstattgabe des Ablehnungsgesuchs durch das Schiedsgericht deshalb besonders relevant, weil an den Zugang der Entscheidungsmitteilung der Fristbeginn für den Antrag im gerichtlichen Ablehnungsverfahren anknüpft, vgl. § 1037 Abs. 3 Satz 1 ZPO.<sup>515</sup> Eine Begründung ist gesetzlich nicht vorgesehen, jedoch ebenso Standard.

356

Die stattgebende Entscheidung des Schiedsgerichts über das Ablehnungsgesuch ist eine auf Aufhebung eines Prozeßrechtsverhältnisses gerichtete schiedsgerichtliche prozessuale Gestaltungsentscheidung, da sie unmittelbar Auswirkungen auf die prozessuale Rechtslage zwischen den Parteien hat. Für den Tenor bietet sich eine Orientierung an der Entscheidung des staatlichen Gerichts im Ablehnungsverfahren nach § 1037 Abs. 3 ZPO an.<sup>516</sup> Der Beschlußtenor lautet daher bei Stattgabe:

357

Das Schiedsrichteramt des Schiedsrichters ... ist beendet.

Damit wird klargestellt, daß die Entscheidung des Schiedsgerichts als Gestaltungsentscheidung konstitutiv ist. Ist das Ablehnungsgesuch unbegründet, wird es als unbegründet zurückgewiesen, bei Unzulässigkeit als unzulässig verworfen.<sup>517</sup>

Anfechtbar ist allein der nicht stattgebende Beschluß. Die Anfechtung erfolgt mit dem Rechtsbehelf des gerichtlichen Ablehnungsverfahrens, vgl. § 1037 Abs. 3 Satz 1 ZPO. Da-

358

<sup>514</sup> *Münch*, in: Münchener Kommentar, ZPO, 2. Aufl., § 1037 Rdnr. 9.

<sup>515</sup> Vermeidbare Probleme unter diesem Gesichtspunkt zeigt die Entscheidung des *OLG München*, Beschl. v. 07.08.2006 – 34 Sch 09/05, DIS-Datenbank, unter II. 2. der Gründe: Den Beschluß des Schiedsgerichts hatte der vorsitzende Schiedsrichter der Kanzlei des Verfahrensbevollmächtigten der ablehnenden Partei per Telefon mitgeteilt, was streitig wurde. Der Senat konnte die Frage offen lassen, da die unterstellte mündliche Mitteilung unstreitig lediglich an die Kanzleiangestellte des urlaubsabwesenden Verfahrensbevollmächtigten erfolgte, was die Frist des § 1037 Abs. 3 Satz 2 ZPO nicht in Lauf setzte.

<sup>516</sup> Vgl. Rdnr. 373.

<sup>517</sup> Ist die Frist versäumt, ist das Ablehnungsgesuch als unzulässig zu verwerfen, da eine Zulässigkeitsvoraussetzung fehlt. A.A. *Karl*, Die Gewährleistung der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Schiedsrichters, S. 188, der meint, der Antrag sei „vom Schiedsgericht als unbegründet zu verwerfen.“

nach besteht der Rechtsbehelf allein für die ablehnende Partei. Diese Beschränkung der Anfechtungsmöglichkeit ist folgerichtig: Stimmt die Gegenseite der Ablehnung zu, bedarf es wegen der zur Beendigung des Schiedsrichteramts führenden Parteieinigkeit keiner Ablehnung; stimmt sie der Ablehnung nicht zu, obliegt es allein der ablehnenden Partei zu entscheiden, ob sie die zu ihren Lasten ergangene Entscheidung des Schiedsgerichts akzeptiert. Vor zögerlicher Entscheidung wird die Gegenseite durch die Präklusionsfrist für den Antrag im Ablehnungsverfahren geschützt, vgl. § 1037 Abs. 3 Satz 1 ZPO. Da allerdings der stattgebende Beschluß unanfechtbar ist, hat die Gegenpartei keine Rechtsschutzmöglichkeit, mit dem sie geltend machen könnte, das Schiedsgericht habe einem Ablehnungsgesuch zu Unrecht stattgegeben.



## C Ablehnungsverfahren nach § 1037 Abs. 3 ZPO

Führt ein parteivereinbartes oder das schiedsgerichtliche Ablehnungsverfahren nicht zur Ablehnung, besteht für die ablehnende Partei der Rechtsbehelf nach § 1037 Abs. 3 ZPO zum staatlichen Gericht. Während dieser Rechtsbehelf anhängig ist, kann das Schiedsgericht einschließlich des abgelehnten Schiedsrichters aufgrund der ausdrücklichen Ermächtigung in § 1037 Abs. 3 Satz 2 ZPO das schiedsrichterliche Verfahren fortsetzen und einen Schiedsspruch erlassen. Es wird davon allerdings nur vorsichtig Gebrauch machen.<sup>518</sup> 359

Es heißt in § 1037 Abs. 3 Satz 1 ZPO, daß die ablehnende Partei bei erfolglosem Vorschaltverfahren die Entscheidung des Gerichts beantragen „kann“. Damit ist kein Wahlrecht für die ablehnende Partei in dem Sinne begründet, daß sie zwischen dem Ablehnungsverfahren oder dem späteren Aufhebungsverfahren gestützt auf den Ablehnungsgrund wählen kann.<sup>519</sup> Die Formulierung erklärt sich anders: Sie verdeutlicht die Verfahrensherrschaft der ablehnenden Partei, die es in der Hand behält, ob sie nach erfolglosem Ablehnungsgesuch im Vorschaltverfahren ihr Begehren weiter verfolgt oder nicht. Eine Kontrolle der Entscheidung von Amts wegen findet also nicht statt. 360

### I. Verfahrensfragen

Das Ablehnungsverfahren nach § 1037 Abs. 3 ZPO ist durch Parteivereinbarung nicht abbedingbar, vgl. § 1037 Abs. 1 ZPO. Eine Rückausnahme enthält § 1037 Abs. 3 Satz 1 ZPO a.E. bezüglich der Antragsfrist. In Verfahrensfragen bestehen wesentliche Übereinstimmungen mit dem Beendungsverfahren, wobei im Detail jedoch Besonderheiten zu beachten sind. Zur Zuständigkeit des Gerichts gelten die Ausführungen zum Ersatzbestellungsverfahren mit der Maßgabe entsprechend, daß sich die internationale Zuständigkeit – wie auch im Ersetzungs- und Beendungsverfahren – zudem aus einer Bestimmung des Verfahrensortes durch das Schiedsgericht ergeben kann, § 1025 Abs. 1 ZPO i.V.m. § 1043 Abs. 1 Satz 2 ZPO.<sup>520</sup> 361

<sup>518</sup> Zur gleichen Möglichkeit im Ersetzungsverfahren vgl. Rdnr. 301.

<sup>519</sup> Jeweils unter Hinweis auf die Regierungsbegründung des Gesetzentwurfes des Schiedsverfahrens-Neuregelungsgesetzes – SchiedsVfG, BT-Drucks. 13/5274, Begründung zu § 1037 Abs. 3 ZPO, S. 42: *Geimer*, in: Zöller, ZPO, 26. Aufl., § 1037 Rdnr. 6; *Hartmann*, in: Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 65. Aufl., § 1037 Rdnr. 7; *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnr. 634; *Münch*, in: Münchener Kommentar, ZPO, 2. Aufl., § 1037 Rdnr. 15.

<sup>520</sup> Ausführlich zur Zuständigkeit Rdnrn. 228 ff.

## 1. Statthaftigkeit

- 362 Ein statthafter Antrag im Ablehnungsverfahren setzt voraus, daß die Antragstellerseite die Ablehnung eines Schiedsrichters begehrt, mithin die Beendigung dessen Schiedsrichteramts. Soweit ein Vorschaltverfahren nach der Parteivereinbarung zulässig war, ist weiter erforderlich, daß dieses Begehren in diesem Verfahren verworfen oder zurückgewiesen worden ist. Andernfalls ist der Antrag unzulässig.<sup>521</sup> Über diese Verknüpfung mit dem Vorschaltverfahren gelten die aus § 1036 Abs. 2 Satz 2 ZPO folgenden Einschränkungen der Statthaftigkeit im schiedsgerichtlichen Ablehnungsverfahren zugleich auch im Ablehnungsverfahren.<sup>522</sup> Die ablehnende Partei kann also auch im Ablehnungsverfahren lediglich solche Schiedsrichter ablehnen, an deren Bestellung sie nicht zumindest mitgewirkt hat, es sei denn, der Ablehnungsgrund ist ihr erst nach der Bestellung bekannt geworden.
- 363 Soweit ein Vorschaltverfahren nach der Parteivereinbarung nicht zulässig war, ist fraglich, ob ein statthafter Antrag die vorangehende Erklärung der Ablehnung gegenüber dem Schiedsrichter und der Gegenseite erfordert. Das Problem ist ähnlich wie im Beendigungsverfahren gelagert und zu lösen: Beides ist nach dem Wortlaut des § 1037 Abs. 3 ZPO nicht erforderlich, wenn auch zweckmäßig.<sup>523</sup>

## 2. Antrag

- 364 Antragsbefugt ist nach § 1037 Abs. 3 Satz 1 ZPO allein die ablehnende Partei. Auf Antragsgegnerseite steht die Gegenseite des schiedsrichterlichen Verfahrens. Solange eine in das Ermessen des Gerichts gestellte mündliche Verhandlung nicht angeordnet worden ist, besteht auch im Ablehnungsverfahren kein Anwaltszwang.<sup>524</sup>

<sup>521</sup> Beispiele, in denen u.a. die Ablehnung eines Schiedsrichters begehrt wurde, ohne zuvor das schiedsgerichtliche Ablehnungsverfahren gemäß § 1037 Abs. 2 ZPO durchzuführen: *OLG München*, Beschl. v. 28.06.2006 – 34 SchH 02/05, DIS-Datenbank; *OLG Dresden*, Beschl. v. 22.02.2001 – 11 SchH 02/01, DIS-Datenbank, (allerdings wies der Senat das Ablehnungsgesuch als unbegründet zurück, obwohl es schon unzulässig war, so zutreffend *Voit*, in: Musielak, ZPO, 5. Aufl., § 1037 Rdnr. 3; diese Differenzierung übersieht auch das *OLG Frankfurt a.M.*, Beschl. v. 27.04.2006 – 26 SchH 01/06, DIS-Datenbank).

<sup>522</sup> Ausführlich Rdnr. 328.

<sup>523</sup> Vgl. Rdnr. 288.

<sup>524</sup> Näher Rdnr. 237.

### 3. Zeitliche Grenzen

Der Antrag im Ablehnungsverfahren ist präklusionsbedroht: Gesetzlich gilt eine Monatsfrist,<sup>525</sup> allerdings können die Parteien eine andere Frist vereinbaren, vgl. § 1037 Abs. 3 Satz 1 ZPO. Sie können die Frist also verlängern oder verkürzen, wobei eine Verkürzung nicht zum faktischen Ausschluß des Rechtsbehelfs führen darf.<sup>526</sup> Die Frist beginnt, sobald die ablehnende Partei „von der Entscheidung, mit der die Ablehnung verweigert wurde, Kenntnis erlangt hat“, § 1037 Abs. 3 Satz 1 ZPO. Die Art und Weise der Kenntniserlangung spielt keine Rolle.<sup>527</sup> Ist das Vorschaltverfahren durch Parteivereinbarung ausgeschlossen, ergibt sich der Fristbeginn entweder unmittelbar aus der Parteivereinbarung oder muß durch deren Auslegung ermittelt werden. Schwierigkeiten bei der Ermittlung des Fristbeginns können sich ergeben, wenn die Parteien lediglich vereinbart haben, daß die Ablehnung sogleich beim staatlichen Gericht geltend zu machen ist und eine Partei vom Ablehnungsgrund Kenntnis erlangt, bevor das Schiedsgericht gebildet ist. Es spräche für eine Ablehnungsobliegenheit innerhalb eines Monats ab Kenntnis auch vor der Bildung des Schiedsgerichts, daß auf diese Weise die Konstituierung beschleunigt würde und eine Entscheidung des Gerichts über das Ablehnungsgesuch problemlos auch vor der Bildung des Schiedsgerichts möglich wäre. Dagegen spricht, daß bei Durchführung eines Vorschaltverfahrens die Frist nie vor der Bildung des Schiedsgerichts beginnt, wenn auch unabhängig vom Erfordernis der dahingehenden positiven Kenntnis der ablehnenden Partei.<sup>528</sup> Gleiches muß für das Ablehnungsverfahren nach § 1037 Abs. 3 ZPO gelten: Denn die Parteien können zwar das Vorschaltverfahren ausschließen, über das Ablehnungsverfahren sind sie jedoch mit Ausnahme der Fristdauer nicht dispositionsbefugt, vgl. § 1037 Abs. 3 Satz 1 ZPO: „... die Parteien können eine andere Frist vereinbaren.“ Den Fristbeginn können die Parteien also nicht abweichend regeln.<sup>529</sup> Fällt wegen der Parteivereinbarung gegen ein Vorschaltverfahren der gesetzliche Anknüpfungspunkt der Kenntnis von der Erfolglosigkeit dieses Vorschaltverfahrens weg, muß an diese Stelle die gesetzliche Regelung des Fristbeginns im schiedsgerichtlichen Ablehnungsverfahren nach § 1037 Abs. 2 ZPO treten. Andernfalls würden die Parteien (unzulässig) über den Fristbeginn disponieren.

365

Die äußerste zeitliche Grenze eines Antrags im Ablehnungsverfahrens ist umstritten und nach

366

<sup>525</sup> Nicht zwei Wochen, so versehentlich *Kröll*, Die Ablehnung eines Schiedsrichters nach deutschem Recht, ZJP 116 (2003), 195, 203. Die Frist kann voll ausgeschöpft werden, ohne daß Präklusion durch rügelose Einlassung droht. Vgl. dazu und zur Fristberechnung Rdnr. 311.

<sup>526</sup> Zur vergleichbaren Problematik im schiedsgerichtlichen Ablehnungsverfahren Rdnr. 331.

<sup>527</sup> Vgl. *Münch*, in: Münchener Kommentar, ZPO, 2. Aufl., § 1037 Rdnr. 10.

<sup>528</sup> Vgl. Rdnrn. 335 ff.

<sup>529</sup> So *Münch*, in: Münchener Kommentar, ZPO, 2. Aufl., § 1037 Rdnr. 10.

hier vertretener Auffassung – wie auch im schiedsgerichtlichen Ablehnungsverfahren – die Beendigung des Amts des Schiedsgerichts, solange das Schiedsrichteramt des Abgelehnten nicht auf andere Weise geendet hat.<sup>530</sup>

#### 4. Prüfungsumfang

367 Das Gericht prüft nach eigener Überzeugung stets die Zulässigkeit und Begründetheit des ursprünglichen Ablehnungsgesuchs. Dies gilt auch bei einem durchgeführten Vorschaltverfahren. Dessen Rechtmäßigkeit wird im Ablehnungsverfahren also nicht lediglich überprüft, sondern das Gericht trifft eine eigene Entscheidung über das Ablehnungsgesuch.<sup>531</sup> Im Rahmen der Zulässigkeit prüft das Gericht auch die Einhaltung der Präklusionsvorschriften des schiedsgerichtlichen Ablehnungsverfahrens, also § 1036 Abs. 2 Satz 2 ZPO und § 1037 Abs. 2 Satz 1 ZPO.<sup>532</sup>

368 Wirksamkeit und Reichweite der Schiedsvereinbarung können nur dann ausnahmsweise zum Prüfungsgegenstand gehören, wenn das Schiedsgericht noch nicht gebildet ist, wenn also eine Ablehnung wegen Ausschlusses des Vorschaltverfahrens vor Bildung des Schiedsgerichts statthaft ist.<sup>533</sup> Dann gelten die allgemeinen, im Ersatzbestellungsverfahren erörterten Grundsätze.<sup>534</sup>

#### 5. Verfahren

369 Nach § 1063 Abs. 1 Satz 2 ZPO ist der Gegner vor der Entscheidung zu hören. Die Durchführung einer mündlichen Verhandlung steht im Ermessen des Gerichts, da kein Fall der zwingenden mündlichen Verhandlung gemäß § 1063 Abs. 2 ZPO vorliegt. Eine Stellungnahme des Abgelehnten im Sinne einer dienstlichen Äußerung sieht das Ablehnungsverfahren nicht vor. Liegt eine Erklärung aus einem Vorschaltverfahren vor, wird diese aber von einer der Parteien

<sup>530</sup> Vgl. Rdnrn. 341 ff. Zu den Auswirkungen auf den Schiedsspruch vgl. Rdnrn. 387 ff.

<sup>531</sup> Münch, in: Münchener Kommentar, ZPO, 2. Aufl., § 1037 Rdnr. 12.

<sup>532</sup> Voit, in: Musielak, ZPO, 5. Aufl., § 1037 Rdnr. 3. Zu einem Fall, in dem mehrere gewichtige Ablehnungsgründe unter diesen Gesichtspunkten scheiterten, *OLG Frankfurt a.M.*, Beschl. v. 27.04.2006 – 26 SchH 01/06, DIS-Datenbank; vgl. auch *OLG Hamburg*, Beschl. v. 08.05.2006 – 6 SchH 01/06, DIS-Datenbank, das die Einhaltung der Frist für das schiedsgerichtliche Ablehnungsverfahren nach einer durch Parteivereinbarung einbezogenen Verfahrensordnung prüft.

<sup>533</sup> Nur in diesem Fall kann die Antragstellerseite das Ablehnungsverfahren mit einem (Hilfs-) Antrag nach § 1032 Abs. 2 ZPO verbinden (realistisch wohl nur die Feststellung der Unzulässigkeit des schiedsrichterlichen Verfahrens), vgl. z.B. zur Unzulässigkeit eines solchen Hilfsantrags bei begehrter Ablehnung des bestellten Einzelschiedsrichters: *OLG Frankfurt a.M.*, Beschl. v. 27.04.2006 – 26 SchH 01/06, DIS-Datenbank.

<sup>534</sup> Dazu Rdnr. 242. Die Formwirksamkeit der Schiedsvereinbarung prüft demgegenüber ohne Problematisierung – stellt sie jedenfalls fest – das *OLG Karlsruhe*, Beschl. v. 14.07.2006 – 10 Sch 1/06, DIS-Datenbank, sowie *OLG Karlsruhe*, Beschl. v. 04.07.2006 – 10 Sch 2/06, DIS-Datenbank, jeweils unter II. 1. der Gründe.

des Ablehnungsverfahrens eingereicht werden. Eine Pflicht des Gerichts, dem Abgelehnten rechtliches Gehör zu gewähren, besteht nicht,<sup>535</sup> da der Schiedsrichter nicht Partei des Ablehnungsverfahrens ist.

Sollte das Schiedsgericht während der Anhängigkeit des Ablehnungsverfahrens nach § 1037 Abs. 3 ZPO gemäß Satz 2 der Vorschrift einen Schiedsspruch erlassen, so berührt dies das Ablehnungsverfahren nicht. Das Ablehnungsverfahren wird fortgesetzt.<sup>536</sup> Nach einer Gegenauffassung soll das „Ablehnungsverfahren mit Ergehen des Schiedsspruchs für erledigt anzusehen bzw. in einen Antrag auf Aufhebung des Schiedsspruchs umzudeuten“ sein.<sup>537</sup> Dies überzeugt nicht, denn ein erledigendes Ereignis fehlt. Allenfalls könnten dogmatische Zweifel am fortbestehenden Rechtsschutzbedürfnis angeführt werden. Das Rechtsschutzbedürfnis für eine Entscheidung des Gerichts über das Ablehnungsgesuch besteht aber unter zwei Gesichtspunkten fort: Zum einen kann die ablehnende Partei bei erfolgreicher Ablehnung auf die Entscheidung des Gerichts die Aufhebung des Schiedsspruchs gemäß § 1059 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. d) ZPO stützen. Zum anderen ist das Amt des Schiedsrichters durch den Schiedsspruch nicht beendet, da das Amt des Schiedsgerichts wegen der Vorbehalte des § 1056 Abs. 3 ZPO fortbesteht. Insoweit greift auch das weiter angeführte Argument der Parallelität zum Verfahren der Richterablehnung im staatlichen Zivilprozeß nicht, denn keinesfalls werden dort mit Ergehen des Urteils laufende Ablehnungsverfahren für erledigt erklärt. Vielmehr ist ein Beschwerdeverfahren über ein Ablehnungsgesuch in zwei Konstellationen gerade „notwendig fortzusetzen“:<sup>538</sup> Erstens ist fortzusetzen, wenn der abgelehnte Richter in der Instanz noch einmal mit der Sache – zum Beispiel mit einer Tatbestandsberichtigung – befaßt werden kann und zweitens dann, wenn der erfolglos abgelehnte Richter an einer nicht rechtsmittelfähigen Entscheidung mitgewirkt hat.<sup>539</sup> Beide Fälle notwendiger Fortsetzung des

370

<sup>535</sup> Den Abgelehnten anzuhören rät *Münch*, in: Münchener Kommentar, ZPO, 2. Aufl., § 1037 Rdnr. 12.

<sup>536</sup> So auch *Geimer*, in: Zöller, ZPO, 26. Aufl., § 1037 Rdnr. 4; *Hartmann*, in: Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 65. Aufl., § 1059 Rdnr. 11; *Münch*, in: Münchener Kommentar, ZPO, 2. Aufl., § 1037 Rdnr. 17; *Schlosser*, in: Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl., § 1037 Rdnr. 5; *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl., Kap. 14 Rdnrn. 17 f.; *Voit*, in: Musielak, ZPO, 5. Aufl., § 1037 Rdnr. 5. Beispiel einer Verfahrensfortsetzung: *OLG Naumburg*, Beschl. v. 19.12.2001 – 10 SchH 03/01, DIS-Datenbank.

<sup>537</sup> So *Kröll*, Die Ablehnung eines Schiedsrichters nach deutschem Recht, ZZP 116 (2003), 195, 220. Vgl. auch *Kröll/Mallmann* Anmerkung zu *OLG Naumburg*, Beschl. v. 19.12.2001 – 10 SchH 03/01, SchiedsVZ 2003, 138, 141, die zu Unrecht darauf abstellen, daß das Schiedsrichteramt mit dem Schiedsspruch endet: § 1056 Abs. 3 ZPO steht dagegen. Zustimmend – wenn auch mit Vorbehalten zur Umdeutung – *Karl*, Die Gewährleistung der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Schiedsrichters, S. 194 f.

<sup>538</sup> So zutreffend *Vollkommer*, in: Zöller, ZPO, 26. Aufl., § 46 Rdnr. 18 b (ebenso bereits *Vollkommer*, in: Zöller, ZPO, 23. Aufl., § 46 Rdnr. 18 b, in der von *Kröll*, Die Ablehnung eines Schiedsrichters nach deutschem Recht, ZZP 116 (2003), 195, 221, zitierten Kommentarstelle). Ebenso für die sofortige Beschwerde gemäß §§ 46 Abs. 2, 567 ff. ZPO *KG*, Beschl. v. 08.06.2006 – 15 W 31/06, KG-Datenbank, unter II. 1. der Gründe m.w.N., für den Fall der nochmaligen Befassung des abgelehnten Richters im Rahmen einer Entscheidung nach § 321a ZPO nach diesbezüglich bereits erfolgtem Antrag der ablehnenden Partei.

<sup>539</sup> Ist ein Rechtsmittel in der Hauptsache statthaft, scheidet im staatlichen Zivilprozeß jedoch nach Ansicht des 3. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs eine Überprüfung der versagten Ablehnung im Rechtsmittelverfahren über die Hauptsache aus; es verbleibt bei allein der Überprüfung der Hauptsacheentscheidung, vgl. *BGH*,

Ablehnungsverfahrens liegen im schiedsrichterlichen Verfahren vor: Die nochmalige Befassung des Schiedsrichters mit der Sache ist in den nach § 1056 Abs. 3 ZPO vorbehaltenen Entscheidungen möglich; und ein Schiedsspruch ist (abgesehen von der seltenen Ausnahme eines mehrinstanzlichen schiedsrichterlichen Verfahrens) nicht rechtsmittelfähig, da das Aufhebungsverfahren wegen der fehlenden Befugnis des Gerichts zur Überprüfung des Schiedsspruchs in der Sache selbst kein Rechtsmittelverfahren darstellt. Für eine Umdeutung schließlich besteht schon deshalb kein Raum, weil die Rechtsfolge des Prozeßantrags auf Aufhebung des Schiedsspruchs, in den umgedeutet werden müßte, eine andere als die im Ablehnungsverfahren begehrte ist, was eine Umdeutung von vornherein hindert. Deshalb ist das Ablehnungsverfahren fortzusetzen. Der ablehnenden Partei obliegt aber, das Aufhebungsverfahren fristwährend durch objektive Klagehäufung einzuleiten, um Präklusion nach § 1059 Abs. 3 ZPO zu verhindern.<sup>540</sup>

## 6. Darlegungs- und Beweislast

371 Zur Darlegungs- und Beweislast gelten die bereits im Ersatzbestellungsverfahren erörterten allgemeinen Grundsätze.<sup>541</sup> Eine Glaubhaftmachung im Ablehnungsverfahren genügt anders als im staatlichen Zivilprozeß gemäß §§ 44 Abs. 2, 294 ZPO nicht.<sup>542</sup> Fraglich ist, wie die Darlegungs- und Beweislast in Bezug auf die Einhaltung der Frist verteilt ist. Man könnte von der Antragstellerseite Glaubhaftmachung des Zeitpunkts der Kenntnis analog § 44 Abs. 4 ZPO verlangen und von der Antragsgegnerseite analog § 121 Abs. 1 BGB als Einwendung den Vollbeweis, ob und wann die Antragstellerseite die konkrete positive Kenntnis von der Zusammensetzung des Schiedsgerichts erhalten hat. Jedoch ist § 1037 Abs. 2 ZPO eine autonome Regelung. Deshalb und weil es um schwer erfaßbare innere Tatsachen geht, bietet sich folgende Verteilung der Darlegungs- und Beweislast an:<sup>543</sup> Die Antragstellerseite muß konkrete objektive Umstände widerlegen, wenn sie auf Kenntnis hindeuten.

372 Wenn eine Partei allerdings die Ablehnung eines Schiedsrichters begehrt, mit dessen Ablehnung sie grundsätzlich nach § 1036 Abs. 2 Satz 2 ZPO präkludiert ist, ergibt der Wortlaut dieser Vorschrift, daß sie ihre Unkenntnis des geltend gemachten Grundes im Zeitpunkt der

---

Beschl. v. 30.11.2006 – III ZR 93/06 (München), BGH-Datenbank, Rdnr. 4, m.w.N. auch zur Kritik der Literatur.

<sup>540</sup> Insoweit ist der Fall vergleichbar einer Entscheidung über das Ablehnungsgesuch erst im Schiedsspruch, vgl. Rdrrn. 349 ff.

<sup>541</sup> Vgl. zur Darlegungs- und Beweislast Rdrrn. 247 f.

<sup>542</sup> Vgl. KG, Beschl. v. 22.03.2000 – 28 Sch 24/99, DIS-Datenbank, im letzten Absatz der Gründe. A.A. Schlos-  
ser, in: Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl., § 1037 Rdnr. 9.

<sup>543</sup> Münch, in: Münchener Kommentar, ZPO, 2. Aufl., § 1037 Rdnr. 6.

Bestellung oder Mitwirkung darzulegen und zu beweisen hat.<sup>544</sup> Da es auch hier um den Negativbeweis einer inneren Tatsache geht, ist es überzeugender, daß im ersten Schritt der Ablehnende konkret zum Zeitpunkt der Kenntnis vortragen muß; ist der Vortrag plausibel, obliegt der anderen Partei substantiierter Vortrag zur früheren Kenntnis.<sup>545</sup>

## II. Entscheidung

Das Oberlandesgericht entscheidet durch unanfechtbaren Beschluß, §§ 1063 Abs. 1 Satz 1, 1065 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung im Ablehnungsverfahren führt bei Stattgabe zur gerichtlichen Beendigung eines Schiedsrichteramts und ist daher eine auf Aufhebung eines Prozeßrechtsverhältnisses gerichtete, prozessuale Gestaltungsentscheidung.<sup>546</sup> Deshalb ist insoweit in Übereinstimmung mit dem Beendigungsverfahren die Beendigung des Schiedsrichteramts auszusprechen.<sup>547</sup> Dies ist deutlicher, als lediglich das Ablehnungsgesuch für begründet zu erklären,<sup>548</sup> und deshalb vorzugswürdig. Aus Klarstellungsgründen ist eine etwaige Entscheidung im Vorschaltverfahren außerdem aufzuheben,<sup>549</sup> um zu verhindern, daß zwei widersprüchliche Entscheidungen über das Ablehnungsgesuch existieren. Im Ablehnungsverfahren lautet der Beschlußtenor bei Stattgabe in der Hauptsache nach erfolglos durchgeführtem Vorschaltverfahren demnach:

Unter Aufhebung der Entscheidung des Schiedsgerichts vom ... ist das Schiedsrichteramt des Schiedsrichters ... beendet.

Ist das Ablehnungsgesuch unbegründet, wird es als unbegründet zurückgewiesen, bei Unzulässigkeit als unzulässig verworfen. Für die Begründung und die Kundgabe der Entscheidung gelten die im Ersatzbestellungsverfahren dargestellten Grundsätze.<sup>550</sup>

Von den Nebenentscheidungen macht die Kostengrundentscheidung keine Schwierigkeiten und erfolgt analog § 91 Abs. 1 ZPO. Für die Streitwertbestimmung gelten die Grundsätze des

<sup>544</sup> *Münch*, in: Münchener Kommentar, ZPO, 2. Aufl., § 1036 Rdnr. 21; *Voit*, in: Musielak, ZPO, 5. Aufl., § 1036 Rdnr. 10.

<sup>545</sup> *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnr. 626.

<sup>546</sup> *Münch*, in: Münchener Kommentar, ZPO, 2. Aufl., § 1037 Rdnr. 14; *Voit*, in: Musielak, ZPO, 5. Aufl., § 1038 Rdnr. 2.

<sup>547</sup> *Kröll*, Die Ablehnung eines Schiedsrichters nach deutschem Recht, ZZP 116 (2003), 195, 204; *Voit*, in: Musielak, ZPO, 5. Aufl., § 1037 Rdnr. 5. Eine Verpflichtung zur Niederlegung des Schiedsrichteramts, so *Ebbing*, Private Zivilgerichte, S. 105, kommt schon deshalb nicht in Betracht, weil diese Entscheidung nicht vollstreckbar wäre, vgl. zu Unzulässigkeit von Leistungsentscheidungen Rdnr. 253.

<sup>548</sup> *Münch*, in: Münchener Kommentar, ZPO, 2. Aufl., § 1037 Rdnr. 12; *Reichold*, in: Thomas/Putzo, ZPO, 27. Aufl., § 1037 Rdnr. 6; wohl auch *Mankowski*, Die Ablehnung von Schiedsrichtern, SchiedsVZ 2004, 304, 306.

<sup>549</sup> *Reichold*, in: Thomas/Putzo, ZPO, 27. Aufl., § 1037 Rdnr. 6; so auch *OLG Bremen*, Beschl. v. 24.05.2006 – 2 Sch 02/06, DIS-Datenbank.

<sup>550</sup> Ausführlich zur Begründung und zur Kundgabe Rdnrn. 250 f.

Ersatzbestellungsverfahrens entsprechend.<sup>551</sup> Die Praxis bietet kaum begründete aktuelle Beispiele: Das *OLG Naumburg*<sup>552</sup> nimmt wie im staatlichen Zivilprozeß den vollen Wert der Hauptsache mit der Begründung an, der Ausgang der Hauptsache hänge vom Ablehnungsverfahren ab. Das *OLG Köln*<sup>553</sup> nahm einen Bruchteil der Hauptsache in nicht mitgeteilter Höhe an. Das *OLG Karlsruhe*<sup>554</sup> ermittelt den Streitwert nach § 3 ZPO nach dem Interesse der Antragstellerseite an der Nichtteilnahme des abgelehnten Schiedsrichters am Schiedsgerichtsverfahren und bestimmte ein Drittel des Streitwerts der Hauptsache. In zwei neueren Entscheidung dasselbe Schiedsgerichtsverfahren betreffend nahm das *OLG Hamburg*<sup>555</sup> ebenfalls ein Drittel an. Das *OLG München*<sup>556</sup> hält unter ausdrücklicher Aufgabe seiner Rechtsprechung (ursprünglich Annahme des vollen Hauptsachestreitwerts) nunmehr ebenfalls einen Bruchteil der Hauptsache, „nämlich rund ein Drittel“ in Nebenverfahren in schiedsrichterlichen Angelegenheiten für angemessen. Das *OLG Frankfurt a.M.*<sup>557</sup> nahm ohne Begründung ein Fünftel des Hauptsachestreitwerts an.

### III. Kosten

375 Die Kosten des Ablehnungsverfahrens entsprechen im Ergebnis denen des Ersatzbestellungsverfahrens.<sup>558</sup> An Gerichtskosten entsteht eine 0,5 Gebühr gemäß §§ 3 Abs. 2, 48 Abs. 1 Satz 1 GKG i.V.m. KV Nr. 1624. Bei den Anwaltskosten ergeben sich keine Unterschiede.

<sup>551</sup> Vgl. ausführlich zum Streitwert Rdnrn. 262 f.

<sup>552</sup> *OLG Naumburg*, Beschl. v. 19.12.2001 – 10 SchH 03/01, DIS-Datenbank. Ebenso in einer älteren Entscheidung *OLG Köln*, Beschl. v. 14.09.2000 – 9 SchH 30/00, DIS-Datenbank (ohne Begründung).

<sup>553</sup> *OLG Köln*, Beschl. v. 02.04.2004 – 9 Sch (H) 22/03, DIS-Datenbank.

<sup>554</sup> In beiden veröffentlichten Fällen handelte es sich um ein Dreier-Schiedsgericht: *OLG Karlsruhe*, Beschl. v. 14.07.2006 – 10 Sch 1/06, DIS-Datenbank; *OLG Karlsruhe*, Beschl. v. 04.07.2006 – 10 Sch 2/06, DIS-Datenbank.

<sup>555</sup> *OLG Hamburg*, Beschl. v. 23.05.2006 – 6 SchH 04/06, DIS-Datenbank, sowie *OLG Hamburg*, Beschl. v. 08.05.2006 – 6 SchH 01/06, DIS-Datenbank. Vgl. noch *OLG Hamburg*, Beschl. v. 28.06.2004 – 11 SchH 01/04, DIS-Datenbank: Bruchteil der Hauptsache in nicht mitgeteilter Höhe.

<sup>556</sup> *OLG München*, Beschl. v. 10.01.2007 – 34 SchH 07/06, DIS-Datenbank, unter III. der Gründe.

<sup>557</sup> *OLG Frankfurt a.M.*, Beschl. v. 27.04.2006 – 26 SchH 01/06, DIS-Datenbank.

<sup>558</sup> Ausführlich Rdnrn. 264 ff.



## Kapitel 8 Rechtsbehelfe nach Erlaß eines Schiedsspruchs

Die auch konstituierungsbezogen relevanten Rechtsbehelfe nach dem Schiedsspruch sind das Aufhebungsverfahren nach § 1059 ZPO (Abschnitt A) und das Vollstreckbarerklärungsverfahren nach §§ 1060 f. ZPO (Abschnitt B). 376

### A Aufhebungsverfahren nach § 1059 ZPO

Das Aufhebungsverfahren nach § 1059 ZPO ist derjenige Rechtsbehelf, mit dem eine Partei offensiv die Aufhebung eines Schiedsspruchs und auf diese Weise die Korrektur eines konstituierungsbezogenen Verfahrensverstößes erreichen kann. 377

#### I. Aufhebungsgründe

Die Aufhebungsgründe für einen Schiedsspruch sind abschließend in § 1059 Abs. 2 ZPO geregelt. Vorbild der Regelung war der Katalog der Aufhebungsgründe des UN-Übereinkommens über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 10. Juni 1958 (UNÜ). Eine Gesamtschau der einzelnen Gründe ergibt, daß das Gericht eine umfassende verfahrensrechtliche Kontrolle des schiedsrichterlichen Verfahrens durchführen kann, inhaltlich den Schiedsspruch jedoch allein in den Grenzen des *ordre public* zu überprüfen befugt ist. Eine „révision au fond“ ist damit ausgeschlossen.<sup>559</sup> Die Aufhebungsgründe sind in zwei Nummern systematisiert, deren wesentliche Unterscheidung einfach ist: Die Aufhebungsgründe nach § 1059 Abs. 2 Nr. 1 ZPO erfordern eine begründete Geltendmachung, sind also nur auf Rüge hin beachtlich, wohingegen die Aufhebungsgründe nach Nr. 1 der Vorschrift vom Gericht von Amts wegen zu beachten sind. Konstituierungsbezogene Verfahrensverstöße sind unter beiden Gesichtspunkten von Relevanz. 378

##### 1. Aufhebungsgründe nach § 1059 Abs. 2 Nr. 1 ZPO

Von dem Katalog des § 1059 Abs. 2 Nr. 1 ZPO ist konstituierungsbezogen vor allem Buchst. d) Alt. 1 einschlägig: Danach besteht ein Aufhebungsgrund, wenn die Antragstellerseite begründet geltend macht, daß „die Bildung des Schiedsgerichts ... einer Bestimmung dieses Buches oder einer zulässigen Vereinbarung der Parteien nicht entsprochen hat und anzunehmen ist, daß sich dies auf den Schiedsspruch ausgewirkt hat.“ Der Verweis auf die 379

<sup>559</sup> Vgl. z.B. *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnrn. 1183 ff.

Bildung des Schiedsgerichts ist als Verweis auf den gesamten dritten Abschnitt des 10. Buches mit eben dieser Überschrift zu verstehen, so daß alle konstituierungsbezogenen Verfahrensverstöße, also alle Konstituierungshindernisse und alle Verstöße gegen Bestellungskriterien, unter diesen weiten Aufhebungsgrund zu fassen sind.<sup>560</sup> Jedoch kann sich auf den Aufhebungsgrund nur berufen, wer zuvor die zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfe während des schiedsrichterlichen Verfahrens geltend gemacht hat, da andernfalls die nur auf Rüge hin zu beachtenden Aufhebungsgründe nach den Präklusionsregelungen der einzelnen Rechtsbehelfe ausgeschlossen sind. Daraus folgt, daß der Aufhebungsgrund grundsätzlich nur dann eingreift, wenn das Schiedsgericht von der Möglichkeit der Verfahrensfortsetzung trotz Einlegung eines konstituierungsbezogenen Rechtsbehelfs Gebrauch gemacht hat und ein Schiedsspruch erging, obwohl der Rechtsbehelf im Ergebnis Erfolg hatte. War der Rechtsbehelf nicht erfolgreich, ist diese Entscheidung auch für das Aufhebungsverfahren bindend.<sup>561</sup>

- 380 Eine zusätzliche Voraussetzung des Aufhebungsgrundes nach § 1059 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. d) ZPO besteht in einem besonderen Kausalitätserfordernis: Der Schiedsspruch unterliegt nur dann der Aufhebung, wenn anzunehmen ist, daß sich der konstituierungsbezogene Verfahrensverstoß auf den Schiedsspruch im Ergebnis ausgewirkt hat. Ausreichend dafür ist bereits potentielle Kausalität, wenn also die Möglichkeit besteht, daß ohne den Verfahrensverstoß anders entschieden worden wäre.<sup>562</sup> Dies folgt aus der Formulierung „anzunehmen ist“ und dem Sinn und Zweck der Vorschrift und dem Aufhebungsverfahren: Eine Entscheidung über die „echte“ Kausalität zwischen Verfahrensverstoß und Schiedsspruch könnte nur getroffen werden, wenn das Verfahren ohne den Verstoß vor der Entscheidung über den Aufhebungsgrund wiederholt würde. Dies ist jedoch nicht möglich und der Zirkel nur vermeidbar, wenn eine hypothetische Entscheidung zugelassen wird. Aus zwei Gründen kann diese Entscheidung nur schematisch getroffen werden, nämlich erstens, weil im Aufhebungsverfahren die inhaltliche Richtigkeit der schiedsrichterlichen Entscheidung nicht überprüft wird, und zweitens, weil selbst bei einer (unzulässigen) inhaltlichen Überprüfung keine sichere Vorhersage darüber möglich wäre, ob ein neu gebildetes Schiedsgericht nicht doch zu einer anderen Lösung gelangen würde. Die schematische Entscheidung ist aber einfach zu treffen: Wäre an-

<sup>560</sup> Vgl. *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnr. 1204; *Münch*, in: Münchener Kommentar, ZPO, 2. Aufl., § 1059 Rdnr. 16.

<sup>561</sup> Vgl. z.B. für im Ablehnungsverfahren gescheiterte Ablehnungsgründe *OLG München*, Beschl. v. 20.12.2006 – 34 Sch 016/06, DIS-Datenbank, unter II. 2. a) (2) aa) der Gründe (zum vorangegangenen Ablehnungsverfahren siehe *Schroeter*, Anmerkung zu *OLG München*, Beschl. v. 06.02.2006 – 34 SchH 10/05, EWIR 2006, 479).

<sup>562</sup> *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnr. 1206; *Münch*, in: Münchener Kommentar, ZPO, 2. Aufl., § 1059 Rdnr. 18; *Schlosser*, in: Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl., § 1059 Rdnr. 24; *Voit*, in: Musielak, ZPO, 5. Aufl., § 1059 Rdnr. 22. A.A. *Geimer*, in: Zöller, ZPO, 26. Aufl., § 1059 Rdnr. 44; *Karl*, Die Gewährleistung der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Schiedsrichters, S. 211.

stelle eines Schiedsrichters ein anderer tätig geworden, so besteht stets die Möglichkeit einer anderen Entscheidung. Dies leuchtet für den Einzelschiedsrichter unmittelbar ein, ist aber genauso für ein Kollegialschiedsgericht zwingend. Denn ein schiedsrichterliches Verfahren ist ein Entscheidungsprozeß, der sich entwickelt und von Dynamiken lebt. Eine andere Person in einem Kollegialschiedsgericht und in einer mündlichen Verhandlung hat dabei vielfache Einflußnahmemöglichkeiten: Ein anderer Schiedsrichter hätte in einer Beratung möglicherweise eine Idee eingebracht, die dem Verfahren zunächst einen anderen Verlauf oder Schwerpunkt gegeben hätte, was zu einem anderen Ergebnis hätte führen können. Genauso hätte ein anderer Schiedsrichter durch Beiträge in einer mündlichen Verhandlung dem Verfahren eine andere, womöglich unerwartete Wendung geben können. Deshalb hat sich der konstituierungsbezogene Verfahrensverstoß stets dann ausgewirkt, wenn bei dessen Korrektur eine andere Person als Schiedsrichter hätte tätig werden sollen. Aus diesem Grund spielt das besondere Kausalitätserfordernis – anders als für die Alternative des Verfahrensmangels nach § 1059 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. d) Alt. 2 ZPO – für Alt. 1 der Vorschrift keine entscheidende einschränkende Rolle.

Hier sind nur in zwei Konstellationen Ausnahmen denkbar: Die erste betrifft einen Unterfall der Fallgruppe der dienstrechtlichen Beschränkungen als Konstituierungshindernis: Fehlt dem Schiedsrichter eine erforderliche Nebentätigkeitsgenehmigung, oder ist sie ihm zu Unrecht erteilt, so ist nicht anzunehmen, daß er ohne den Verfahrensverstoß anders entschieden hätte.<sup>563</sup> In diesem Ausnahmefall fehlt es an der erforderlichen Kausalität des konstituierungsbezogenen Verfahrensverstoßes. Die zweite Ausnahme ist demgegenüber sehr konstruiert und wird selten eintreten: Haben die Parteien bei einem Kollegialschiedsgericht die Ersatzbestellung eines Schiedsrichters nach dessen Wegfall aufgrund einer Ablehnung oder der Amtsbeendigung im Beendigungsverfahren ausgeschlossen und somit vorgesehen, daß das Schiedsgericht das Verfahren als „Rumpfschiedsgericht“ fortsetzt, so hat sich der konstituierungsbezogene Verfahrensverstoß dann nicht ausgewirkt, wenn der Schiedsspruch die erforderliche Mehrheit auch dieses Schiedsgerichts fand. Im Hinblick auf das Beratungsgeheimnis ist hier eigentlich nur ein Fall derart denkbar, daß eine Partei einen Schiedsrichter eines Dreier-Schiedsgerichts ablehnt, das Schiedsgericht das Verfahren fortsetzt, einstimmig einen Schiedsspruch erläßt, dies in die Begründung aufnimmt und dann die Aufhebung des Schiedsspruchs begehrt wird, nachdem im Ablehnungsverfahren die Ablehnung begründet war. Wäre diese Entscheidung vor dem Schiedsspruch getroffen worden und wäre dann der Betreffende nicht durch einen Ersatzschiedsrichter zu ersetzen gewesen, ist nicht anzuneh-

381

<sup>563</sup> *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnr. 1209. Ebenfalls ablehnend: *Theune*, in: *Schütze*, Institutionelle Schiedsgerichtsbarkeit, 2006, § 2 DIS-VerfO Rdnr. 4.

men, daß das Schiedsgericht zu einer anderen Entscheidung gelangt wäre. Hätte allerdings wie im Regelfall ein Ersatzschiedsrichter bestellt werden müssen, ist nicht auszuschließen, daß dieser Schiedsrichter der Sache eine neue Wendung hätte geben können.

382 Für einen einzelnen auch konstituierungsbezogenen Verfahrensverstoß wird auf das besondere Kausalitätserfordernis formal verzichtet: Nach § 1059 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. b) Alt. 1 ZPO besteht ein Aufhebungsgrund, wenn die Antragstellerseite „von der Bestellung eines Schiedsrichters ... nicht gehörig in Kenntnis gesetzt worden ist ...“. Der konstituierungsbezogene Verfahrensverstoß wird hier unter dem Aspekt des fehlenden rechtlichen Gehörs geregelt. Wenn in dem Verfahrensverstoß zugleich ein Verstoß gegen die konstituierungsbezogenen Parteivereinbarungen liegt, ist der Verstoß auch von Buchst. d) Alt. 1 der Vorschrift erfaßt. Jedoch hat Buchst. b) Alt. 1 mit seinen formal geringeren Voraussetzungen als insoweit speziellere Regelung Vorrang.<sup>564</sup>

## 2. Aufhebungsgründe nach § 1059 Abs. 2 Nr. 2 ZPO

383 Von den beiden von Amts wegen zu beachtenden Aufhebungsgründen spielt der Verstoß gegen den *ordre public* auch konstituierungsbezogen eine Rolle. Nach § 1059 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. b) ZPO besteht ein Aufhebungsgrund, wenn „die Anerkennung oder Vollstreckung des Schiedsspruchs zu einem Ergebnis führt, das der öffentlichen Ordnung (*ordre public*) widerspricht.“ Der *ordre public* umfaßt die öffentliche Ordnung der Bundesrepublik Deutschland unter Einschluß des „*ordre public international*“. Dazu zählen alle wesentlichen, fundamentalen Normen und Rechtsgrundsätze, die den Kernbestand der Rechtsordnung bilden, also die zwingenden Normen, die tragende Grundlage des wirtschaftlichen und sozialen Lebens sind, und die elementaren Gerechtigkeitsvorstellungen.<sup>565</sup>

384 Konstituierungsbezogen kommen unter dem Gesichtspunkt des *ordre public* von vornherein nur die schiedsrichterbezogenen Konstituierungshindernisse in Frage, da nur diese der Parteidisposition entzogene öffentliche Belange berühren.<sup>566</sup> Besteht das Konstituierungshindernis in einem der Fälle der ersten vier Verbots-Fallgruppen, also den Verboten des Schiedsrichters in eigener Sache, der beschränkt geschäftsfähigen Schiedsrichtertätigkeit, der Schiedsrichtertätigkeit von juristischen Personen oder Behörden und der strafrechtlichen Verbote, liegt auch

<sup>564</sup> So auch *Münch*, in: Münchener Kommentar, ZPO, 2. Aufl., § 1059 Rdnr. 13; vgl. auch *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnr. 1194.

<sup>565</sup> Ausführlich z.B. *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnr. 1220 ff.

<sup>566</sup> Vgl. Rdnrn. 100 ff. Das schiedsgerichtsbezogene Konstituierungshindernis des Konstituierungsübergewicht gemäß § 1034 Abs. 2 ZPO kann unter dem Gesichtspunkt des *ordre public* keine Rolle spielen, da der Verstoß gesetzlich präklusionsbedroht ist, vgl. Rdnr. 149.

ein Verstoß gegen den *ordre public* vor. Denn jeweils sind Grundsätze der Rechtsordnung in ihrem Kernbestand und die allgemeinen Gerechtigkeitsvorstellungen berührt: Der Schiedsrichter in eigener Sache kann keine materielle Rechtsprechung ausüben, da zum Wesen der Rechtsprechung die Entscheidung durch einen Dritten gehört.<sup>567</sup> Beschränkt geschäftsfähige Schiedsrichtertätigkeit erkennt die Rechtsordnung genauso wenig an wie die Richtertätigkeit nicht natürlicher Personen.<sup>568</sup> Verstöße gegen Amtsdelikte stellen im staatlichen Zivilprozeß Restitutionsgründe dar, die zum *ordre public* zählen.<sup>569</sup> Für Verstöße in der fünften Fallgruppe der dienstrechtlichen Beschränkungen gilt dies indes nicht: Denn nicht jeder Verstoß gegen eine zwingende Norm der Rechtsordnung stellt auch einen Verstoß gegen den *ordre public* dar. Fehlt die erforderliche Nebentätigkeitsgenehmigung, so liegt der Verstoß allein in der Sphäre des Schiedsrichters. Ein einseitiger Verstoß gegen ein Verbotsgesetz trifft nach allgemeinen Grundsätzen jedoch lediglich den verbotswidrig Handelnden, nicht die übrigen Beteiligten.<sup>570</sup>

Alle unter dem Gesichtspunkt des *ordre public* relevanten Aufhebungsgründe fallen auch schon unter § 1059 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. d) Alt. 1 ZPO. Dies führt aber zu keinem Wertungswiderspruch: Sie sind unter diesem Aspekt nie rügepräkludiert, da sie im Beendigungsverfahren geltend zu machen waren, für das eine gesetzliche Präklusionsvorschrift gerade fehlt.

385

### 3. Außerordentlicher Aufhebungsgrund nach § 826 BGB

Nach der Rechtsprechung ist der auf § 826 BGB gestützte außerordentliche Rechtsbehelf auch im Hinblick auf Schiedssprüche statthaft. Bei einer sittenwidrigen Erschleichung des mit anderen Rechtsbehelfen nicht mehr angreifbaren Titels ergibt § 826 BGB einen besonderen Aufhebungsgrund bzw. Schadensersatzanspruch. Dies ist zwar wegen § 1026 ZPO problematisch, der die Eingriffsbefugnis staatlicher Gerichte auf die im 10. Buch der ZPO geregelten Fälle beschränkt. Jedoch besteht ein Bedürfnis, sowohl die Vollstreckbarerklärung eines Schiedsspruchs zu verhindern, als auch die Aufhebung des Schiedsspruchs zu erreichen, wenn der Titel sittenwidrig erschlichen wurde und die Frist für den Antrag des Aufhebungsverfahrens abgelaufen ist.<sup>571</sup> Konstituierungsbezogen kommt hier nur eine Fallgruppe in Be-

386

<sup>567</sup> Vgl. *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnr. 1228, m.w.N.

<sup>568</sup> Vgl. *Münch*, in: Münchener Kommentar, ZPO, 2. Aufl., § 1059 Rdnr. 19, für fehlende Geschäftsfähigkeit.

<sup>569</sup> Vgl. *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnr. 1229, m.w.N.

<sup>570</sup> So für den Fall fehlender Nebentätigkeitsgenehmigung *Lachmann*, Nebentätigkeit des Richters im schiedsrichterlichen Verfahren, in: FS Schlosser, S. 477, 486.

<sup>571</sup> Vgl. *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnr. 1241, m.w.N.; *Voit*, Anmerkung zu *BGH*, Beschl. v. 02.11.2000 – III ZB 55/99 (Düsseldorf), *ZZP* 114 (2001), 351, 357 ff. Die schadensersatzrechtliche Lösung deutet auch an die Regierungsbegründung des Gesetzentwurfes des Schiedsverfahrens-Neuregelungsgesetzes – SchiedsVfG, BT-Drucks. 13/5274, Begründung zu § 1059 Abs. 3 ZPO, S. 60.

tracht: nämlich von den schiedsrichterbezogenen Konstituierungshindernissen die Fallgruppe der Verstöße gegen strafrechtliche Verbote, sofern der Strafrechtsverstoß erst nach dem Erlaß des Schiedsspruchs bekannt wird und das Aufhebungsverfahren nicht mehr statthaft ist.

#### **4. Behandlung nachträglich bekannt gewordener konstituierungsbezogener Verfahrensverstöße**

387 Das Problem der erstmaligen Geltendmachung von Konstituierungshindernissen und Verstößen gegen Bestellungskriterien nach dem Schiedsspruch liegt auf der Hand: Es stoßen zwei gegenläufige Interessen aufeinander. Auf der einen Seite steht das mit einer rechtskräftigen Entscheidung bezweckte Anliegen, Rechtssicherheit und Rechtsfrieden zu schaffen. Ein Schiedsspruch steht auch in diesem Sinne einem rechtskräftigen Urteil gleich, was § 1055 ZPO ausdrücklich normiert. Danach hat der Schiedsspruch unter den Parteien die Wirkungen eines rechtskräftigen gerichtlichen Urteils. Schiedsspruch im Sinne der Norm meint dabei den endgültigen Schiedsspruch, was sich nur in den praktisch seltenen Fällen der Möglichkeit eines schiedsgerichtlichen Instanzenzugs auswirkt.<sup>572</sup> Solange die Möglichkeit besteht, den Schiedsspruch in einem schiedsgerichtlichen Verfahren anzugreifen, ist dieser parteivereinbarte Rechtsbehelf dem Aufhebungsverfahren vorrangig, so daß sich die Frage der nachträglichen Geltendmachung konstituierungsbezogener Verfahrensverstöße auch in diesen Fällen erst bei Vorliegen des letztinstanzlichen Schiedsspruchs stellt. Die völlige rechtliche Gleichstellung mit einem rechtskräftigen Urteil erlangt der Schiedsspruch allerdings erst durch dessen Vollstreckbarerklärung, weil erst dies die hoheitliche Anerkennung darstellt, die eine Berücksichtigung des Schiedsspruchs von Amts wegen erzwingt. Zuvor ist der Schiedsspruch lediglich auf Einrede der Parteien zu beachten.<sup>573</sup> Für die Frage der nachträglichen Geltendmachung konstituierungsbezogener Verfahrensverstöße kommt es unter den Gesichtspunkten der Rechtskraft und des Rechtsfriedens jedoch nicht auf die Vollstreckbarerklärung an, weil insoweit § 1055 ZPO die Fiktion einer Gleichstellung mit einem rechtskräftigen Urteil begründet, vgl. die Formulierung „hat unter den Parteien die Wirkungen eines rechtskräftigen Urteils.“ Dies spricht nach dem Schiedsspruch für eine Beschränkung der Geltendmachung konstituierungsbezogener Verfahrensverstöße.

388 Das gegenläufige Interesse liegt darin, daß ein konstituierungsbezogener Verfahrensverstoß, dessen Geltendmachung einer Partei vor Erlaß des Schiedsspruchs mangels Kenntnis nicht

<sup>572</sup> Beispiel: *OLG Hamburg*, Beschl. v. 04.09.1998 – 14 U 111/98 (14 Sch 1/98), DIS-Datenbank, zu einem Schiedsgerichtsverfahren nach der Schiedsgerichtsordnung des Warenvereins der Hamburger Börse.

<sup>573</sup> Vgl. *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnr. 1027, m.w.N.

möglich war, schwer in deren Rechte eingreift, weil er sich auf das Ergebnis des schiedsrichterlichen Verfahrens, also den Schiedsspruch, ausgewirkt haben kann. Die Parteien haben mit der Wahl des schiedsrichterlichen Verfahrens zwar auf den gesetzlichen Richter verzichtet. Dies geschah jedoch im Vertrauen darauf, daß anstelle des gesetzlichen Richters ein ordnungsgemäß gebildetes Schiedsgericht entscheidet. Auch und gerade in die Wahrung des hohen Rechtsguts des gesetzlichen Bestellungsmaßstabs der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit vertrauen die Parteien, die sich einem eininstanzlichen Verfahren unterwerfen. Dieses Interesse an der ordnungsgemäßen Bildung des Schiedsgerichts ist auch gesetzlich in den Aufhebungsgründen verankert, vor allem im Aufhebungsgrund nach § 1059 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. d) Alt. 1 ZPO. Der Wortlaut dieser Norm ist weit und läßt keine Einschränkung erkennen, vielmehr folgt die Präklusion des Ablehnungsrechts für das Aufhebungsverfahren allein aus den Präklusionen des parteivereinbarten bzw. des schiedsgerichtlichen Ablehnungsverfahrens und des gerichtlichen Ablehnungsverfahrens. Ein Ablehnungsgrund, der einer Partei erst nach dem Schiedsspruch bekannt geworden ist, kann nach § 1037 Abs. 2 ZPO aber deshalb nicht präkludiert sein, weil die Kenntnis des Ablehnungsgrundes Voraussetzung des Beginns der Präklusionsfrist ist. Dies spricht für eine unbeschränkte Zulassung der Geltendmachung erst nach dem Schiedsspruch bekanntgewordener konstituierungsbezogener Verfahrensverstöße.

In diesem Spannungsfeld räumt die ganz herrschende Meinung Rechtskraft und Rechtsfrieden grundsätzlich den Vorrang ein, da diese Rechtsgüter höher zu gewichten seien. Ausnahmen sollen allenfalls bei einem schwerwiegenden konstituierungsbezogenen Verstoß als Verletzung des *ordre public* zur Aufhebung führen können.<sup>574</sup> Diese Einschränkung beruht insbe-

389

<sup>574</sup> Vgl. *Berger*, Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit, S. 175; *Geimer*, in: Zöller, ZPO, 26. Aufl., § 1037 Rdnr. 7; *Hartmann*, in: Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 65. Aufl., § 1059 Rdnr. 11; *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnr. 627; *Reichold*, in: Thomas/Putzo, ZPO, 27. Aufl., § 1037 Rdnr. 9, *Voit*, in: Musielak, ZPO, 5. Aufl., § 1037 Rdnr. 6; *Weigel*, Befangenheit im Schiedsgerichtsverfahren, MDR 1999, 1360, 1362. *BGH*, Urt. v. 04.03.1999 – III ZR 72/98 (Frankfurt a.M.), DIS-Datenbank, unter 6. der Gründe; *OLG München*, Beschl. v. 20.12.2006 – 34 Sch 016/06, DIS-Datenbank, unter II. 2. a) (3) der Gründe; *BayObLG*, Beschl. v. 27.05.2003 – 4 Z SchH 08/03, DIS-Datenbank, unter II. 3. der Gründe; *KG*, Beschl. v. 08.04.2002 – 23/29 Sch 13/01, DIS-Datenbank, unter II. 2. f) der Gründe. Offen lassend *Mankowski*, Die Ablehnung von Schiedsrichtern, SchiedsVZ 2004, 304, 306. Kritisch *Kröll*, Die Ablehnung eines Schiedsrichters nach deutschem Recht, ZZP 116 (2003), 195, 219 f., grundsätzlich der herrschenden Meinung zustimmend jedoch *Kröll*, Anmerkung zu *BGH*, Urt. v. 04.03.1999 – III ZR 72/98 (Frankfurt a.M.), EWIR 1999, 1087, 1088. Kritisch auch *Karl*, Die Gewährleistung der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Schiedsrichters, S. 215 ff., der die Geltendmachung zuläßt, aber Darlegung und Beweis im Sinne einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit dafür fordert, daß ein anders besetztes Schiedsgericht in der Sache anders entschieden hätte – dies überzeugt deshalb nicht, weil eine materiellrechtliche Prüfung der Entscheidung des Schiedsgerichts in den Verfahren nach dem Schiedsspruch gegen das Verbot der „révision au fond“ verstößt. A.A. und damit im Ergebnis wie hier – soweit ersichtlich – nur *Münch*, in: Münchener Kommentar, ZPO, 2. Aufl., § 1037 Rdnr. 16 sowie § 1059 Rdnr. 19; sowie *Vollkommer*, Der Ablehnbare Richter, 2001, S. 355 f., der die Geltendmachung nachträglich bekannter Befangenheitsgründe im Aufhebungsverfahren einschränkungslos zuläßt, eine Geltendmachung im Ablehnungsverfahren aber mit der (unzutreffenden) Begründung ausschließt, das Ablehnungsverfahren sei wegen des Abschlusses des Schiedsverfahrens obsolet.

sondere auf einer Entscheidung des *Bundesgerichtshofs*, die noch zum alten Recht erging. Deshalb mußte der Senat den nachträglich bekanntgewordenen und erst im Aufhebungsverfahren geltend gemachten Ablehnungsgrund unter dem Aspekt eines allgemeinen Verfahrensmangels behandeln und führt dazu aus:<sup>575</sup>

„6. Ist somit eine generelle Nachprüfbarkeit nachträglich bekannt gewordener Ablehnungsgründe nicht anzuerkennen (vgl. in diesem Sinne schon RGZ 148, 1 im Anschluß an RGZ 145, 171), so schließt dies die Möglichkeit nicht gänzlich aus, diese Prüfung ausnahmsweise doch vorzunehmen, wenn ein besonders schwerwiegender und eindeutiger Fall von Befangenheit vorliegt, der es rechtfertigt, das Verfahren vor dem Schiedsgericht als unzulässig im Sinne des § 1041 Abs. 1 Nr. 1 ZPO anzusehen. Das Berufungsgericht weist in diesem Zusammenhang zu Recht darauf hin, daß das Ablehnungsrecht der Partei als ihr wesentlichster Schutz in Schiedsverfahren gegen eine parteiische Rechtsprechung angesehen wird und daß niemand vor einem Richter stehen soll, dem es an der gebotenen Neutralität fehlt. War die Partei daher nur deswegen außerstande, im Schiedsverfahren den Ablehnungsgrund vorzubringen, weil der Schiedsrichter ihr diesen nicht offenbart hatte, so ist im Vollstreckbarerklärungs- oder im Aufhebungsverfahren unter den genannten Voraussetzungen eine Abwägung dieses möglichen Verfahrensmangels gegen die Prinzipien von Rechtssicherheit und Rechtsfrieden vorzunehmen. Dies trägt auch dem Gesichtspunkt Rechnung, daß der Schiedsspruch erst mit der Vollstreckbarerklärung die volle Qualität eines gerichtlichen Urteils erhält.“

In den Kategorien des § 1059 Abs. 2 ZPO ist mit dem besonders schwerwiegenden und eindeutigen Fall von Befangenheit ein Verstoß gegen den *ordre public* gemeint. Schon im Ansatz ist daran zu kritisieren, daß eine Unschärfe eingeführt worden ist, für die Abgrenzungskriterien fehlen, denn offenbar gibt es Befangenheitsgründe, die das Gewicht eines Aufhebungsgrundes haben, und solche, die dieses Gewicht nicht erreichen.

390 Unabhängig davon ist diese Argumentation zu überdenken, denn Rechtssicherheit und Rechtsfrieden stellen sich im Aufhebungsverfahren in einem anderen als dem angegebenen Licht dar: Das Argument des Rechtsfriedens greift zu kurz. Wird auf den Schiedsspruch als Ergebnis des schiedsrichterlichen Verfahrens abgestellt, ist ein Stadium des Rechtsfriedens von vornherein noch nicht erreicht, solange das Aufhebungsverfahren statthaft ist. Bis zu dessen Abschluß spricht unter dem Aspekt des Rechtsfriedens nichts dagegen, die nachträgliche Geltendmachung von konstituierungsbezogenen Verfahrensverstößen zuzulassen. Selbst wenn man in den Mittelpunkt der Überlegungen – insoweit verkürzend – einen „konstituierungsbezogenen Rechtsfrieden“ stellen sollte, so ist selbst dieser im Stadium des Aufhebungsverfahrens gerade noch nicht erreicht: Denn besonders schwerwiegende und eindeutige Verstöße von Befangenheit sollen sich auch nach der herrschenden Meinung noch als Aufhe-

<sup>575</sup> BGH, Urt. v. 04.03.1999 – III ZR 72/98 (Frankfurt a.M.), DIS-Datenbank, unter 6. der Gründe. Vgl. aber auch die Vorinstanz OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 28.01.1998 – 19 U 92/96, DIS-Datenbank.



ungsgründe auswirken können. Da die Grenzziehung derart vage ist, wird eine gesicherte Prognose im Einzelfall unmöglich, so daß von konstituierungsbezogenem Rechtsfrieden zwischen den Parteien nicht gesprochen werden kann. Dies gilt erst recht nach der hier vertretenen Auffassung, die destruktiven konstituierungsbezogenen Rechtsbehelfe unabhängig vom Erlaß eines Schiedsspruchs zuzulassen, weil das Schiedsrichteramt mit dem Schiedsspruch meist nicht endet.<sup>576</sup>

Solange ein Schiedsspruch nicht rechtskräftig für vollstreckbar erklärt worden ist, besteht auch kein rechtlich anerkanntes Interesse der Parteien an der „Bestandskraft“ der Entscheidung und somit auch kein Vertrauen darauf. Denn ein Schiedsspruch kann (fristgebunden) im Aufhebungsverfahren angegriffen werden und selbst im nicht fristgebundenen Vollstreckbarerklärungsverfahren findet eine Überprüfung des Schiedsspruchs statt. Die Prüfung ist in beiden Fällen zwar sehr eingeschränkt. Innerhalb der Frist für den Aufhebungsantrag betrifft die Prüfung nach dem Gesetz aber gerade auch den hier in Frage stehenden Aufhebungsgrund des § 1059 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. d) Alt. 1 ZPO. Dies gilt gemäß § 1060 Abs. 2 Satz 3 ZPO genauso im Vollstreckbarerklärungsverfahren. Das auf Rechtssicherheit gestützte Argument gegen die Möglichkeit erstmaliger Geltendmachung erst nachträglich bekannt gewordener Konstituierungshindernisse und Verstöße gegen Bestellungskriterien nach dem Schiedsspruch überzeugt aus diesem Grund ebenfalls nicht.

391

Wenn innerhalb der Frist für den Aufhebungsantrag also weder Rechtsfrieden noch Rechtssicherheit eingetreten sind, stellt sich die Frage in anderem Licht, ob Konstituierungshindernisse und Verstöße gegen Bestellungskriterien im Aufhebungsverfahren zu Lasten der ordnungsgemäßen Bildung des Schiedsgerichts und der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit unberücksichtigt bleiben können. Da nach der hier vertretenen Auffassung (in der Regel) dasselbe Gericht vor allem im Ablehnungsverfahren auch nach dem Schiedsspruch mit der Sache noch befaßt werden kann, spricht selbst entscheidungsökonomisch nichts dagegen, die nachträgliche Geltendmachung konstituierungsbezogener Verfahrensverstöße zuzulassen. Die ablehnende Partei muß dabei allerdings – jedenfalls fristwährend – stets zusätzlich gegen den Schiedsspruch vorgehen, um sich den Aufhebungsgrund zu erhalten.<sup>577</sup> Ein ausreichender Schutz vor einem Mißbrauch des Ablehnungsrechts durch erst nachträgliche Geltendmachung ist bereits durch Präklusion und Beweislast im Ablehnungsverfahren sichergestellt. Ein Schutz vor Mißbrauch ist für die im Beendigungsverfahren geltend zu machenden schiedsrichterbezogenen Konstituierungshindernisse nicht vorgesehen, aber auch nicht nötig, weil

392

<sup>576</sup> Vgl. dazu Rdnrn. 342 ff. Gleiches gilt auch für den Rechtsbehelf des Beendigungsverfahrens, da auch dessen Statthaftigkeit an die Beendigung des Schiedsrichteramts anknüpft.

<sup>577</sup> Vgl. dazu bereits Rdnrn. 349 ff.

bei diesen öffentliche Interessen betroffen sind. Die Zulassung sowohl des Ablehnungs- als auch des Beendigungsverfahrens auch nach dem Erlaß des Schiedsspruchs hat außerdem den dogmatischen Vorteil, daß auf diese Weise der verfahrensrechtliche *ordre public* nicht überbeansprucht würde, um als untragbar empfundene Entscheidungen im Aufhebungsverfahren doch noch zu korrigieren.

## II. Verfahrensfragen

### 1. Statthaftigkeit

393 Ein statthafter Antrag im Aufhebungsverfahren setzt voraus, daß die Antragstellerseite die Aufhebung eines formell rechtskräftigen, inländischen Schiedsspruchs begehrt. Ausländische Schiedssprüche sind von deutschen Gerichten nicht aufhebbar.<sup>578</sup> Der Schiedsspruch muß formell wirksam sein, also die Mindestanforderungen des § 1054 ZPO erfüllen. Dazu gehört, daß er schriftlich erlassen ist, eine Angabe zum Verfahrensort enthält und unterschrieben ist.<sup>579</sup> Außerdem muß der Schiedsspruch die Sphäre des Schiedsgerichts mit dem Willen der Schiedsrichter verlassen haben. Nach § 1059 Abs. 3 Satz 4 ZPO ist der Aufhebungsantrag unstatthaft, wenn der Schiedsspruch von einem deutschen Gericht für vollstreckbar erklärt wurde. Statthaft ist allein die Aufhebung, nicht aber ein Antrag auf Änderung des Schiedsspruchs.

### 2. Zuständiges Gericht

394 Da die Angabe des Verfahrensortes Wirksamkeitsvoraussetzung des Schiedsspruchs ist und von vornherein nur die Aufhebung eines inländischen Schiedsspruchs in Frage kommt, läßt sich das gemäß § 1062 Abs. 1 Nr. 4 Alt. 1 ZPO örtlich zuständige Oberlandesgericht leicht ermitteln: Entweder ergibt sich der Verfahrensort bereits aus der Schiedsvereinbarung (und wird dann lediglich im Schiedsspruch wiederholt), oder er wird vom Schiedsgericht nach Gewährung rechtlichen Gehörs festgelegt und im Schiedsspruch angegeben.<sup>580</sup>

<sup>578</sup> Vgl. *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnr. 1170, m.w.N. Gleiches gilt für Schiedssprüche einer Glaubensgemeinschaft über innere Angelegenheiten, vgl. *ders.*, a.a.O., Rdnr. 1175.

<sup>579</sup> Vgl. *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnr. 1181. Umstritten ist, ob die Angabe des Datums Wirksamkeitsvoraussetzung ist, was nicht der Fall ist, vgl. *ders.*, a.a.O., Rdnr. 1010 ff. m.w.N.

<sup>580</sup> Jedenfalls unpräzise daher die Begründung der Zuständigkeit durch das *OLG Dresden*, Beschl. v. 07.06.2006 – 11 Sch 2/06, DIS-Datenbank, damit, daß das Schiedsgericht in Dresden tagte (allerdings in einer Entscheidung im Vollstreckbarerklärungsverfahren eines inländischen Schiedsspruchs, wobei für die Zuständigkeitsbestimmung insoweit keine Unterschiede zum Aufhebungsverfahren bestehen): Ort der Tagung des Schiedsgericht und rechtlicher Verfahrensort müssen nicht identisch sein.

### 3. Antrag

Das Aufhebungsverfahren wird durch einen Antrag eingeleitet, vgl. § 1059 Abs. 3 Satz 1 ZPO. Antragsbefugt ist, wer durch den Schiedsspruch beschwert ist. Der Antrag ist gegen die im Schiedsspruch angegebene Gegenseite zu richten, wobei eine Gesamtrechtsnachfolge zu berücksichtigen ist.<sup>581</sup> Bei Einzelrechtsnachfolge auf der Gegenseite bleibt jedenfalls auch die ursprüngliche Partei richtiger Antragsgegner. Dies folgt aus dem auch im Schiedsgerichtsverfahren anwendbaren Rechtsgedanken des § 265 Abs. 2 ZPO, da es im Aufhebungsverfahren um die „Bestandskraft“ des Verfahrensergebnisses geht.<sup>582</sup> 395

Inhaltlich setzt der Antrag die begründete Geltendmachung der lediglich auf Rüge hin zu beachtenden Aufhebungsgründe gemäß § 1059 Abs. 2 Nr. 1 ZPO voraus, soweit solche in Betracht kommen. Konstituierungsbezogen hat sich § 1059 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. d) ZPO als einschlägig gezeigt. Die von Amts wegen zu berücksichtigenden Aufhebungsgründe nach Nr. 2 der Vorschrift müssen nicht geltend gemacht werden. Die Angabe der tatsächlichen Umstände, auf die die Aufhebung gestützt wird, und der Verweis auf einen Aufhebungsgrund reichen aus, auch wenn das Gericht zu einer Subsumtion unter einen anderen Aufhebungsgrund gelangt.<sup>583</sup> 396

Die Antragstellerseite kann die Zurückverweisung der Sache an das Schiedsgericht nach der Aufhebung des Schiedsspruchs beantragen, vgl. § 1059 Abs. 4 ZPO. 397

Solange eine mündliche Verhandlung (noch) nicht angeordnet worden ist, besteht auch im Aufhebungsverfahren kein Anwaltszwang.<sup>584</sup> Da dies jedoch gemäß § 1063 Abs. 2 Alt. 1 ZPO zu geschehen hat, wenn die Aufhebung eines Schiedsspruchs beantragt wird, ist es im Verfahrensverlauf notwendig, einen Anwalt zu bestellen. 398

### 4. Zeitliche Grenzen

Für den Antrag besteht nach § 1059 Abs. 3 Satz 1 ZPO im Regelfall eine gesetzliche Ausschlussfrist von 3 Monaten, die allerdings der Parteidisposition unterliegt.<sup>585</sup> Die Frist beginnt 399

<sup>581</sup> *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnr. 1248.

<sup>582</sup> *Voit*, in: Musielak, ZPO, 5. Aufl., § 1059 Rdnr. 34, m.w.N. auch zur Gegenauffassung.

<sup>583</sup> Ausführlich *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnrn. 1256 ff.

<sup>584</sup> Näher Rdnr. 237.

<sup>585</sup> Vgl. zu einer Verfahrenslage, in der die Möglichkeit der Fristverlängerung hilfreich sein kann, Rdnrn. 349 ff., insbesondere Rdnr. 352. Die gesetzliche Frist von 3 Monaten kann außerdem unter den Voraussetzungen des § 1059 Abs. 3 Satz 3 ZPO im Fall der Entscheidung über einen Antrag nach § 1058 ZPO um höchstens einen Monat verlängert sein.

nach § 1059 Abs. 3 Satz 2 ZPO, sobald die Antragstellerseite den Schiedsspruch empfangen hat. Innerhalb der Frist muß der Aufhebungsantrag nach dem Wortlaut des § 1059 Abs. 3 Satz 1 ZPO lediglich „bei Gericht eingereicht werden.“ Eine Zustellung ist zur Fristwahrung also nicht erforderlich, so daß bereits die Anhängigkeit des Antrags sowohl fristwährend wirkt, als auch zur Rechtshängigkeit führt.

## 5. Prüfungsumfang

400 Das Gericht prüft die Zulässigkeit und Begründetheit des Aufhebungsantrags. Für die Prüfung der für § 1059 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. d) ZPO erforderlichen besonderen Kausalität zwischen dem konstituierungsbezogenen Verfahrensverstoß und dem Schiedsspruch wird auf die Grundsätze des revisionsrechtlichen „Beruhens“ der Entscheidung auf dem Verfahrensverstoß zurückgegriffen, was für konstituierungsbezogene Verstöße keine Probleme bereitet.<sup>586</sup>

## 6. Verfahren

401 Das Gericht hat gemäß § 1063 Abs. 2 ZPO mündlich zu verhandeln. Ist noch ein destruktiver Rechtsbehelf anhängig und wurde das Aufhebungsverfahren lediglich aus Gründen der Fristwahrung eingeleitet, empfiehlt sich für das Gericht zunächst eine Entscheidung über den destruktiven Rechtsbehelf, da solange nicht mündlich verhandelt werden muß und sich das Aufhebungsverfahren womöglich dann erledigt.<sup>587</sup>

## 7. Darlegungs- und Beweislast

402 Darlegungs- und beweispflichtig für das Bestehen des Aufhebungsgrundes ist nach allgemeinen Grundsätzen die Antragstellerseite unabhängig von ihrer Parteirolle im schiedsrichterlichen Verfahren.

## III. Entscheidung

403 Das Gericht entscheidet gemäß § 1063 Abs. 1 Satz 1 ZPO durch Beschluß. Bei einem konstituierungsbezogenen Aufhebungsgrund erscheint eine grundsätzlich mögliche Teilaufhebung

---

<sup>586</sup> Ehricke, Die Beschleunigung der Finalität von Schiedssprüchen nach dem neuen deutschen Schiedsverfahrensrecht, ZZP 113 (2000), 453, 458 f.; Geimer, in: Zöller, ZPO, 26. Aufl., § 1059 Rdnr. 44 i.V.m. Rdnr. 40. Zum „Beruhen“ vgl. Saarländisches OLG, Beschl. v. 29.10.2002 – 4 Sch 02/02, DIS-Datenbank, m.w.N. Zur im Regelfall vorliegenden Kausalität bei konstituierungsbezogenen Verfahrensverstößen vgl. Rdnrn. 380 ff.

<sup>587</sup> Vgl. die Argumentation für dieses Vorgehen bei Rdnrn. 349 ff.

nicht denkbar. Deshalb wird bei Stattgabe der Schiedsspruch aufgehoben. Da die Schiedsvereinbarung durch die Aufhebung des Schiedsspruchs vorbehaltlich anderer Parteivereinbarung nicht unwirksam wird, ist das schiedsrichterliche Verfahren dann zu wiederholen. Einen entsprechenden Antrag vorausgesetzt, kann deshalb auch bei konstituierungsbezogenen Aufhebungsgründen neben der Aufhebung des Schiedsspruchs eine Zurückverweisung an das Schiedsgericht sinnvoll sein. Lag der Verstoß lediglich in der Person eines Schiedsrichters eines Kollegialschiedsgerichts, kann das Verfahren nach einer Ersatzbestellung fortgesetzt werden.

Ist der Aufhebungsantrag unbegründet, wird er als unbegründet zurückgewiesen, bei Unzulässigkeit als unzulässig verworfen. Für die Begründung und die Kundgabe der Entscheidung gelten Besonderheiten:<sup>588</sup> Das Erfordernis der Begründung der Entscheidung folgt hier zusätzlich daraus, daß der Beschluß des Oberlandesgerichts gemäß § 1065 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 ZPO der Rechtsbeschwerde zum Bundesgerichtshof unterliegt. Nach mündlicher Verhandlung wäre der Beschluß gemäß § 329 Abs. 1 Satz 1 ZPO eigentlich zu verkünden. Da jedoch die Rechtsbeschwerde gemäß § 575 Abs. 1 ZPO fristgebunden ist, muß die Entscheidung gemäß § 329 Abs. 2 Satz 2 ZPO förmlich zugestellt werden.

404

Die Nebenentscheidungen werfen keine Probleme auf: Der Streitwert entspricht dem Aufhebungsinteresse, bei konstituierungsbezogenen Aufhebungsgründen also dem Streitwert der Hauptsache des schiedsrichterlichen Verfahrens. Die Kostenentscheidung erfolgt analog § 91 ZPO.

405

Die Entscheidung ist bei Vorliegen der Voraussetzungen mit der Rechtsbeschwerde gemäß §§ 574 ff. ZPO anfechtbar.<sup>589</sup>

406

#### IV. Kosten

Das Aufhebungsverfahren ist gebührenrechtlich ein eigenes Verfahren. An Gerichtskosten entstehen für das Aufhebungsverfahren 2,0 Gebühren gemäß §§ 3 Abs. 2, 48 Abs. 1 Satz 1 GKG i.V.m. KV Nr. 1620. Die Rechtsanwälte verdienen die „normalen“ Gebühren, also

407

<sup>588</sup> Zu den Grundsätzen vgl. die Darstellung zum Ersatzbestellungsverfahren Rdnrn. 250 f.

<sup>589</sup> Vgl. dazu ausführlich *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnr. 1339.

1,3 Verfahrensgebühren gemäß Nr. 3100 VV RVG sowie 1,2 Terminsgebühren gemäß Nr. 3104 VV RVG.<sup>590</sup>

---

<sup>590</sup> Im Übrigen gelten die allgemeinen Grundsätze, vgl. Rdnn. 264 ff.

## B Vollstreckbarerklärungsverfahren nach §§ 1060 f. ZPO

Im Vollstreckbarerklärungsverfahren begehrt die Antragstellerseite die Vollstreckbarerklärung eines Schiedsspruchs. Sie kann mit diesem Verfahren zwei Ziele verfolgen: Unmittelbares Verfahrensziel ist die Schaffung der Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung aus dem Schiedsspruch, vgl. § 1060 Abs. 1 ZPO. Mittelbar kann die Antragstellerseite durch einen Antrag auf Vollstreckbarerklärung aber auch erreichen, daß das Aufhebungsverfahren unzulässig wird.<sup>591</sup> Denn ein in Deutschland für vollstreckbar erklärter inländischer Schiedsspruch unterliegt nach § 1059 Abs. 3 Satz 4 ZPO nicht mehr der Aufhebung, da insoweit die Rechtskraft der Vollstreckbarerklärung entgegen steht.<sup>592</sup> Da die Fristen für den Aufhebungsantrag nicht einheitlich, sondern für jede Partei gesondert laufen, kann dieses Verfahrensziel auch unter Fristgesichtspunkten interessant sein, wenn es bei der Zustellung des Schiedsspruchs an die Antragsgegnerseite des Vollstreckbarerklärungsverfahrens Probleme gab. Dann hat die Frist für deren Antrag auf Aufhebung des Schiedsspruchs womöglich noch nicht zu laufen begonnen. Um eine eventuell spätere Aufhebung zu verhindern, kann es für eine Partei vorteilhaft sein, die Vollstreckbarerklärung zeitnah zu beantragen, anstatt auf Präklusion des Aufhebungsantrags zu setzen. Allerdings kann sich die Antragsgegnerseite des Vollstreckbarerklärungsverfahrens in diesem Verfahren mit Aufhebungsgründen verteidigen. Defensiv eingesetzt gehen deshalb konstituierungsbezogene Aufhebungsgründe im Vollstreckbarerklärungsverfahren solange nicht verloren, wie sie im Aufhebungsverfahren noch hätten geltend gemacht werden können, vgl. für inländische Schiedssprüche § 1060 Abs. 2 ZPO.

Für das Vollstreckbarerklärungsverfahren ist zwischen inländischen und ausländischen Schiedssprüchen zu differenzieren. Da die Partei, die konstituierungsbezogene Verfahrensverstöße im Vollstreckbarerklärungsverfahren geltend macht, in diesem Verfahren nicht auf An-

<sup>591</sup> Der Bundesgerichtshof erkennt als rechtliches Interesse des Vollstreckbarerklärungsverfahrens ausdrücklich die Sicherung des Schiedsspruchs gegen die Geltendmachung von Aufhebungsgründen an – weshalb das Vollstreckbarerklärungsverfahren auch bei einem Schiedsspruch zulässig ist, der keinen vollstreckungsfähigen Inhalt aufweist, vgl. *BGH*, Beschl. v. 30.03.2006 – III ZB 78/05 (Kammergericht), BGH-Datenbank, unter II. 2. b) der Gründe. Zudem besteht für die Antragstellerseite im Vollstreckbarerklärungsverfahren die Möglichkeit, eine Entscheidung ohne mündliche Verhandlung zu erlangen: Allein die Geltendmachung von Aufhebungsgründen als Verteidigung im Vollstreckbarerklärungsverfahren erfordert nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs keine mündliche Verhandlung (§ 1063 Abs. 2 Alt. 1 ZPO meint lediglich das förmliche Aufhebungsverfahren); nur wenn „Aufhebungsgründe nach § 1059 Abs. 2 in Betracht kommen“, d.h. „begründet geltend gemacht“ worden sind, ist nach § 1063 Abs. 2 Alt. 2 ZPO zwingend mündlich zu verhandeln, vgl. *BGH*, Beschl. v. 15.07.1999 – III ZB 21/98 (Oldenburg), DIS-Datenbank, unter II. 4. der Gründe; im Anschluß daran: *OLG Karlsruhe*, Beschl. v. 03.07.2006 – 9 Sch 1/06, DIS-Datenbank, unter II. 4. der Gründe; *OLG Karlsruhe*, Beschl. v. 27.03.2006 – 9 Sch 2/05, DIS-Datenbank, unter II. 3. der Gründe.

<sup>592</sup> Eine Ausnahme gilt nur für solche von Amts wegen zu beachtende Aufhebungsgründe, die erst nachträglich, aber innerhalb der Frist des Aufhebungsverfahrens bekannt geworden sind, vgl. *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnr. 1280.

tragstellerseite steht, sind hier Verfahrensfragen nur eingeschränkt und soweit zu untersuchen, wie sie die Verteidigung mit Aufhebungsgründen betreffen.

## **I. Vollstreckbarerklärungsverfahren für inländische Schiedssprüche nach § 1060 ZPO**

410 Im Vollstreckbarerklärungsverfahren für inländische Schiedssprüche kann sich die Antragsgegnerseite in dem Umfang mit Aufhebungsgründen verteidigen, wie sie dies in einem zum gleichen Zeitpunkt hypothetisch eingeleiteten Aufhebungsverfahren könnte. Denn nach § 1060 Abs. 2 Satz 1 ZPO ist die Vollstreckbarerklärung unter Aufhebung des Schiedsspruchs abzulehnen, wenn einer der in § 1059 Abs. 2 ZPO bezeichneten Aufhebungsgründe vorliegt. Von diesem Grundsatz gibt es Ausnahmen, weil das Vollstreckbarerklärungsverfahren für die Antragstellerseite nicht fristgebunden ist und verhindert werden soll, daß Aufhebungsgründe zeitlich unbegrenzt eingewendet werden können. Andernfalls hätte es auch keiner Antragsfrist im Aufhebungsverfahren bedurft. § 1060 Abs. 2 Satz 2 ZPO hat lediglich deklaratorische Bedeutung und stellt klar, was schon Folge der Rechtskraftwirkungen eines etwa zuvor durchgeführten Aufhebungsverfahrens ist: Solche Aufhebungsgründe sind nicht nochmals zu berücksichtigen, mit denen die Antragsgegnerseite des Vollstreckbarerklärungsverfahrens in einem zuvor durchgeführten Aufhebungsverfahren im Zeitpunkt der Zustellung des Antrags auf Vollstreckbarerklärung rechtskräftig abgewiesen worden war.<sup>593</sup> Nach § 1060 Abs. 2 Satz 3 ZPO bleiben außerdem Aufhebungsgründe nach § 1059 Abs. 2 Nr. 1 ZPO unberücksichtigt, wenn die Frist nach § 1059 Abs. 3 ZPO abgelaufen ist. Somit sind die lediglich auf Rüge beachtlichen Aufhebungsgründe auch im Vollstreckbarerklärungsverfahren von der die Aufhebung des Schiedsspruchs begehrenden Antragsgegnerseite begründet geltend zu machen. Andernfalls werden vom Gericht allein die von Amts wegen zu berücksichtigenden Aufhebungsgründe nach § 1059 Abs. 2 Nr. 2 ZPO geprüft. Diese Prüfung bleibt uneingeschränkt auch dann statthaft, wenn zuvor kein Aufhebungsverfahren durchgeführt wurde, was aus einem Umkehrschluß zu § 1060 Abs. 2 Satz 3 ZPO folgt.

411 Im Ergebnis verläuft damit das Vollstreckbarerklärungsverfahren im Hinblick auf den zentra-

<sup>593</sup> *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnr. 1280, weist darauf hin, daß dies unabhängig davon gilt, ob ein von Amts wegen zu berücksichtigender Aufhebungsgrund auch Gegenstand des Aufhebungsverfahrens war: Denn von Amts wegen zu berücksichtigende Aufhebungsgründe waren per Definition Gegenstand des Aufhebungsverfahrens. Wurde diesbezüglich nicht ausreichend vorgetragen, so ist nicht ersichtlich, wieso die Antragsgegnerseite des Vollstreckbarerklärungsverfahrens das zunächst Versäumte nachholen soll können. A.A. *Voit*, in: Musielak, ZPO, 5. Aufl., § 1060 Rdnr. 10; vgl. auch *Borges*, Die Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen nach dem neuen Schiedsverfahrensrecht, ZZP 111 (1998), 487, 509 f.



len konstituierungsbezogenen Aufhebungsgrund des § 1059 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. d) Alt. 1 ZPO genauso parallel zum Aufhebungsverfahren, wie im Hinblick auf den etwaigen Verstoß gegen den *ordre public*.

## II. Vollstreckbarerklärungsverfahren für ausländische Schiedssprüche nach § 1061 ZPO

Auch im Vollstreckbarerklärungsverfahren für ausländische Schiedssprüche kann sich die Antragsgegnerseite mit Aufhebungsgründen verteidigen. Das Verfahren richtet sich gemäß § 1061 Abs. 1 Satz 1 ZPO im wesentlichen nach dem UNÜ 1958,<sup>594</sup> wobei die Anwendbarkeit von Staatsverträgen über die Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen nach Satz 2 der Vorschrift vorbehalten bleibt. Da § 1059 Abs. 2 ZPO im wesentlichen Art. V UNÜ 1958 nachgebildet ist, gelten die dort dargestellten Grundsätze entsprechend: Unter Konstituierungsgesichtspunkten kommen in Betracht Art. V Abs. 1 Buchst. b) UNÜ 1958 (entspricht § 1059 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. b) ZPO), Art. V Abs. 1 Buchst. d) UNÜ 1958 (entspricht § 1059 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. d) ZPO)<sup>595</sup> und Art. V Abs. 2 Buchst. b) UNÜ 1958 (entspricht § 1059 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. b) ZPO).

412

Ob die Aufhebungsgründe vorliegen, ist nach dem für das Schiedsgerichtsverfahren maßgeblichen Recht zu beurteilen.<sup>596</sup> Allerdings wird die Prüfung von Verstößen gegen den *ordre public* lediglich am Maßstab des *ordre public international* vorgenommen, wonach ein gegenüber dem Inland großzügigerer Maßstab gilt.<sup>597</sup> Soweit der auf Mängel der Bildung des Schiedsgerichts abstellende, konstituierungsbezogene zentrale Aufhebungsgrund des Art. V Abs. 1 Buchst. d) UNÜ 1958 geltend gemacht wird, kann der Aufhebungsgrund nach dem anwendbaren (ausländischen) Recht präkludiert sein, wenn nicht zuvor erfolgreich ein diesbezüglicher Rechtsbehelf geltend gemacht wurde. Problematisch ist, daß Art. V UNÜ 1958, nach dem sich die Vollstreckbarerklärung vorbehaltlich etwaiger Staatsverträge gemäß § 1061 Abs. 1 ZPO ausschließlich richtet, keine Regelung über eine Präklusion mit solchen Aufhebungsgründen enthält. Nach altem Verfahrensrecht war die Rechtsverteidigung auch insoweit

413

<sup>594</sup> Soweit hier von Bedeutung abgedruckt z.B. in: Zöller, ZPO, 26. Aufl., Anhang zu § 1061.

<sup>595</sup> Nach dem Wortlaut fehlt hier das besondere Kausalitätserfordernis der Auswirkung auf den Schiedsspruch, was sich im Ergebnis aber deshalb nicht auswirkt, weil die erforderliche Kausalität in den Fällen des § 1059 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. d) Alt. 1 ZPO stets vorliegt, vgl. Rdnr. 380.

<sup>596</sup> Vgl. Lachmann, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnr. 1323.

<sup>597</sup> Lachmann, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnrn. 1324 ff., m.w.N. Zu einem Unterschied unter diesem Blickwinkel nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshof in den Fällen des subsidiären Konstituierungsübergewichts vgl. Rdnr. 151. Vgl. auch *OLG Schleswig*, Beschl. v. 24.06.1999 – 16 SchH 01/99, DIS-Datenbank, unter II. 8. der Gründe.

präkludiert.<sup>598</sup> Daran hält die oberlandesgerichtliche Rechtsprechung fest.<sup>599</sup> Deshalb sind insbesondere Ablehnungsgründe bei ausländischem Schiedsspruch im Vollstreckbarerklärungsverfahren nur unter der einschränkenden Voraussetzung einzuwenden, daß sie nach dem anwendbaren Verfahrensrecht noch geltend gemacht werden könnten. Beim Verfahren ergeben sich für die Antragsgegnerseite des Vollstreckbarerklärungsverfahrens keine Unterschiede zum Verfahren nach § 1060 ZPO.

---

<sup>598</sup> *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., Rdnr. 1324, m.w.N.

<sup>599</sup> *OLG Karlsruhe*, Beschl. v. 03.07.2006 – 9 Sch 1/06, DIS-Datenbank, unter II. 2. der Gründe; *OLG Karlsruhe*, Beschl. v. 27.03.2006 – 9 Sch 2/05, DIS-Datenbank, unter II. 1. der Gründe; *OLG Stuttgart*, Beschl. v. 14.10.2003 – 1 Sch 16/02, DIS-Datenbank, unter II. 2. der Gründe; *OLG Schleswig*, Beschl. v. 24.06.1999 – 16 SchH 01/99, DIS-Datenbank, unter II. 7. der Gründe. Vgl. im Hinblick auf Befangenheit auch *KG*, Beschl. v. 13.03.2002 – 23/29 Sch 20/01, DIS-Datenbank, für das insoweit gleichgelagerte Problem einer Vollstreckbarerklärung nach dem Deutsch-Sowjetischen Abkommen über Allgemeine Fragen des Handels und der Schifffahrt vom 25.04.1958. Zustimmend zur Präklusion wohl *Kröll, Stefan*, Die Entwicklung des Rechts der Schiedsgerichtsbarkeit 2005/2006, NJW 2007, 743, 749.

## Zusammenfassung

Im folgenden werden die wesentlichen Erkenntnisse der Arbeit kurz zusammengefaßt: Es überrascht nicht, daß die in Kapitel 2 herausgearbeiteten Definitionen der gesetzlich verwendeten Begriffe der Konstituierung, – die für sich beanspruchen, zu widerspruchsfreien Ergebnissen zu führen – den sprachlichen Umgang mit den Rechtsbehelfen und deren Detailanalyse erleichtern. Die gesetzlich verwendeten Begriffe lassen sich unterteilen in die schiedsrichterbezogenen Etappen der Konstituierung (Benennung, Bestellung und Ernennung der Schiedsrichter) und die schiedsgerichtsbezogenen Etappen (Zusammensetzung und Bildung des Schiedsgerichts). Die prozessual abschließenden Zeitpunkte sind die Beendigung des Schiedsrichteramts und die Beendigung des Amts des Schiedsgerichts.

414

Einen besonderen und überraschenden Erkenntniswert hat jedoch diese Begriffsanalyse für die Zusammensetzung des Schiedsgerichts: Literatur und Praxis nehmen meist ohne Problematisierung an, ein Schiedsgericht sei zusammengesetzt, wenn alle Schiedsrichter – untechnisch gesprochen – feststehen. Es hat sich jedoch gezeigt, daß die Zusammensetzung des Schiedsgerichts gerade nicht die Ernennung aller Schiedsrichter voraussetzt. Sie ist vielmehr stets aus der Sicht der betroffenen Partei zu bestimmen und ist dann erfolgt, wenn mindestens alle Schiedsrichter ernannt sind, für die diese Partei keine Bestellungsbefugnis besitzt. Nur diese Definition steht insbesondere in Übereinstimmung mit § 1034 Abs. 2 ZPO und ermöglicht die zutreffende Bestimmung desjenigen Zeitpunkts, in dem die Frist für den Rechtsbehelf des Ersetzungsverfahrens zu laufen beginnt.<sup>600</sup>

415

Die Definition wirkt sich außerdem auf die Beantwortung der Frage aus, ob mit dem Rechtsbehelf des Ersetzungsverfahrens eine von der Parteivereinbarung abweichende Schiedsrichterbestellung in der umstrittenen Fallgruppe des sogenannten subsidiären Übergewichts geltend gemacht werden kann: Mit einem subsidiären Übergewicht wird die Konstellation bezeichnet, in der die primär durch Parteivereinbarung vorgesehenen Regelungen über die Bildung des Schiedsgerichts im Hinblick auf § 1034 Abs. 2 ZPO rechtlich nicht zu beanstanden sind. Handelt eine Partei jedoch nicht dementsprechend, insbesondere nicht fristgerecht, sieht die Parteivereinbarung subsidiäre Regelungen vor, die – wären sie primär vereinbart – ein schiedsgerichtsbezogenes Konstituierungshindernis im Sinne des § 1034 Abs. 2 ZPO darstellen würden. Es hat sich insbesondere bei Zugrundelegen der Definition der Zusammensetzung des Schiedsgerichts gezeigt, daß solche Parteivereinbarungen nicht zur Begründetheit des Rechtsbehelfs im Ersetzungsverfahren führen: Denn das Gericht hat die zur Zusammen-

416

---

<sup>600</sup> Vgl. zur Herleitung der Definition der Zusammensetzung des Schiedsgerichts RdNr. 68 ff.

setzung des Schiedsgerichts führenden Regeln der Parteivereinbarung aus der Sicht jeder der beteiligten Parteien danach zu vergleichen, ob die Parteivereinbarung einer Partei bei der Zusammensetzung des Schiedsgerichts ein Übergewicht gibt, das die andere Partei benachteiligt. Dieser Vergleich führt zu dem Ergebnis, daß es an einer Benachteiligung gerade fehlt, weil nach § 1034 Abs. 2 ZPO allein die primäre Parteivereinbarung Prüfungsgegenstand dieses Vergleichs ist. Die bisher wohl herrschende Meinung sieht jedoch die Tatbestandsvoraussetzungen eines Konstituierungsübergewichts erfüllt, was zu überdenken ist.<sup>601</sup>

417 Neben einer für das 10. Buch der ZPO widerspruchsfreien Definition der gesetzlichen Begriffe der Konstituierung war es das zweite Ziel der Arbeit, die konstituierungsbezogenen Rechtsbehelfe im Zusammenhang zu analysieren. Diese ließen sich nach mehreren Kriterien systematisieren. Es haben sich vier Gruppen von Rechtsbehelfen gezeigt, nämlich

- die Rechtsbehelfe des § 1035 ZPO (Kapitel 5),
- die beiden Rechtsbehelfe bei Konstituierungshindernissen (Kapitel 6) – nämlich schiedsrichterbezogen das Beendigungsverfahren nach § 1038 Abs. 1 ZPO und schiedsgerichtsbezogen das Ersetzungsverfahren nach § 1034 Abs. 2 ZPO,
- die Rechtsbehelfe bei Verstößen gegen Bestellungskriterien nach § 1037 ZPO (Kapitel 7) sowie
- die Rechtsbehelfe nach Erlaß des Schiedsspruchs, insbesondere § 1059 ZPO (Kapitel 8).

418 Mit allen Rechtsbehelfen begehrt die Antragstellerseite vom staatlichen Gericht eine Gestaltungsentscheidung: entweder (im wesentlichen) die Bestellung eines Schiedsrichters, oder die Beendigung eines Schiedsrichteramts, oder die Aufhebung eines Schiedsspruchs wegen eines konstituierungsbezogenen Verfahrensverstößes. Einzig im Ersatzbestellungsverfahren nach § 1035 Abs. 4 ZPO ist unter Umständen auch ein Feststellungsantrag statthaft und vom Wortlaut der Ermächtigungsnorm gedeckt (es heißt in der Vorschrift, daß bei Gericht die Anordnung der erforderlichen Maßnahme beantragt werden kann). In allen übrigen konstituierungsbezogenen Verfahren scheidet eine Feststellungsentscheidung aus, weil die Rechtsbehelfe ihrem Wortlaut nach prozessuale Gestaltungsentscheidungen sind. Wegen der Sperrwirkung des § 1026 ZPO (nach dieser Vorschrift darf das staatliche Gericht in Angelegenheiten des 10. Buches der ZPO lediglich in den ausdrücklich vorgesehenen Fällen tätig werden) verbietet sich eine erweiternde Auslegung. Für eine Feststellung etwa im Beendigungsverfahren besteht aber auch kein Bedürfnis, weil das zur Verfügung stehende Rechtsbehelfssystem in allen Konstellationen zu verfahrensrechtlich effizienten Ergebnissen führt. Wenn sich in der

<sup>601</sup> Vgl. ausführlich zum subsidiären Übergewicht Rdnrn. 143 ff.

Praxis auf den ersten Blick konstituierungsbezogen ein weiterer Feststellungsantrag aufdrängt – oder gar ein Leistungsantrag, der sich schon deshalb verbietet, weil eine stattgebende Entscheidung nicht vollstreckbar wäre –, so gilt es, die Antragstellung kritisch zu überprüfen.<sup>602</sup>

Die einzelnen Rechtsbehelfe unterscheiden sich nicht nur bezüglich der konstituierungsbezogenen Probleme, die damit gelöst werden können (Probleme bei der Bildung des Schiedsgerichts, Auftreten von Konstituierungshindernissen oder Verstöße gegen Bestellungskriterien). Sie unterscheiden sich darüber hinaus auch in verfahrensrechtlichen Voraussetzungen zum Teil erheblich voneinander. Dies gilt insbesondere für die zeitlichen Grenzen, in denen die Rechtsbehelfe statthaft sind. In diesem Zusammenhang ließ sich noch einmal Gewinn aus der Definitionsarbeit ziehen, nämlich im Hinblick auf das praktische „Standardproblem“, ob der Erlaß des Schiedsspruchs eine Zäsur für die Statthaftigkeit insbesondere der Ablehnungsverfahren darstellt. Damit ist die Frage berührt, wie mit nachträglich bekanntgewordenen Ablehnungsgründen in den Verfahren nach dem Schiedsspruch umzugehen ist. Es hat sich gezeigt, daß entgegen weitverbreiteter Auffassung der Erlaß des Schiedsspruchs im Regelfall nicht zur Beendigung des Schiedsrichteramts führt. Denn solange das Amt des Schiedsgerichts wegen einer der Vorbehalte des § 1056 Abs. 3 ZPO nicht beendet ist, endet auch das Schiedsrichteramt regelmäßig nicht. Solange aber ein Schiedsrichteramt noch fortbesteht und die Schiedsrichter – teils von „Schiedsgerichtsamts wegen“ – eine der vorbehaltenen Entscheidungen treffen können, besteht ein Rechtsschutzbedürfnis für einen das Schiedsrichteramt beendenden Rechtsbehelf, insbesondere ein Ablehnungsbedürfnis für ein Verfahren nach § 1037 ZPO. Dies folgt daraus, daß sich die nach dem Schiedsspruch noch vorbehaltenen Entscheidungen des Schiedsgerichts auf die materielle Rechtslage entscheidend auswirken können. Nach hier vertretener Ansicht bleiben diese Rechtsbehelfe regelmäßig auch nach dem Erlaß eines Schiedsspruchs statthaft, solange die Frist für das Aufhebungsverfahren nach § 1059 Abs. 3 ZPO noch nicht abgelaufen ist, es sei denn, der Schiedsspruch wäre zuvor bereits vollstreckbar erklärt worden. Dies verhilft dem hohen Rechtsgut der Unparteilichkeit und Unabhängigkeit im schiedsrichterlichen Verfahren zur effektiven Durchsetzung. Der gegen die Statthaftigkeit der Rechtsbehelfe vorgebrachte Einwand, der Schiedsspruch stehe gemäß § 1055 ZPO einem rechtskräftigen staatlichen Urteil gleich, schaffe also Rechtsfrieden und Rechtssicherheit, und sei deshalb eine Zäsur, überzeugt nach näherer Analyse im Ergebnis nicht: Zwar gilt die Fiktion der Gleichstellung des Schiedsspruchs mit einem rechtskräftigen Urteil auch bereits vor der Vollstreckbarerklärung, die die Gleichstellung erst bewirkt. Solange das Aufhe-

419

<sup>602</sup> Vgl. ausführlich zur zulässigen Feststellungsentscheidung im Ersatzbestellungsverfahren und zur Unzulässigkeit einer Leistungsentscheidung RdNr. 253 ff. sowie zur Unzulässigkeit einer Feststellung im Beendigungsverfahren RdNr. 284 ff.

bungsverfahren allerdings statthaft ist, herrscht zwischen den Parteien gerade noch kein Rechtsfrieden und hat keine Partei eines schiedsrichterlichen Verfahrens ein rechtlich schützenswertes Interesse am Bestand des Schiedsspruchs. Deshalb bleibt Ablehnung auch nach Erlaß eines Schiedsspruchs statthaft und ist allein im Ablehnungsverfahren geltend zu machen. Nach dem Schiedsspruch sind dabei die gleichen einschränkenden Voraussetzungen zu beachten, wie sie sonst im Ablehnungsverfahren während des laufenden schiedsrichterlichen Verfahrens bestehen.<sup>603</sup>

420 Parallel zum Ablehnungsverfahren ist die Antragstellerseite nach dem Erlaß eines Schiedsspruchs allerdings meist auch gezwungen, bereits das Aufhebungsverfahren einzuleiten, um drohender Präklusion mit Aufhebungsgründen vorzubeugen. Sie kann dieses Verfahren regelmäßig in objektiver, hilfsweiser Klagehäufung einleiten, also den Hilfsantrag stellen, für den Fall des Obsiegens mit der begehrten Ablehnung den Schiedsspruch aufzuheben. Dieses Verfahren ist für die Parteien und das Gericht effizienter, als im Aufhebungsverfahren inzi-  
dent zu entscheiden.<sup>604</sup>

421 Folgt man dem, spielt ein Ablehnungsgrund als Aufhebungsgrund für einen Schiedsspruch allein unter dem Gesichtspunkt des Verfahrensverstößes bei der Bildung des Schiedsgerichts nach einem erfolgreich durchgeführten Ablehnungsverfahren eine Rolle, vgl. § 1059 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. d) Alt. 1 ZPO. Ohne durchgeführtes Ablehnungsverfahren scheidet also die Aufhebung eines Schiedsspruchs unter dem Gesichtspunkt eines Verstoßes gegen Bestellungskriterien aus. Dieses System ist deshalb folgerichtig, weil Ablehnungsgründe während des schiedsrichterlichen Verfahrens präklusionsbedroht sind; sie können deshalb keine Verstöße gegen den *ordre public* darstellen. Wird das Ablehnungsverfahren auch nach Erlaß eines Schiedsspruchs zugelassen, entstehen hier keine Probleme. Solche ergeben sich jedoch für die neuere Rechtsprechung: Würden Ablehnungsgründe, wenn sie in besonders schwerem Maße gegen die gesetzlichen Bestellungskriterien der Unparteilichkeit und Unabhängigkeit verstoßen, unter den *ordre public* subsumiert, um bei erst nachträglicher Geltendmachung zu einem Aufhebungsgrund zu gelangen, so weicht dies den Inhalt des *ordre public* nicht nur unnötig auf, sondern überzeugt vor allem auch systematisch nicht.<sup>605</sup>

422 Richtig ist allerdings, daß es auch konstituierungsbezogene Verfahrensverstöße gibt, die einen

<sup>603</sup> Vgl. ausführlich zur Beendigung des Schiedsrichteramts Rdnr. 65 i.V.m. Rdnrn. 74 ff., zu den zeitlichen Grenzen der Statthaftigkeit des Ablehnungsverfahrens Rdnrn. 341 ff., zur Fortsetzung eines bereits laufenden Ablehnungsverfahrens, wenn dann ein Schiedsspruch ergeht, Rdnr. 370, und zur Behandlung nachträglich bekannt gewordener Ablehnungsgründe Rdnrn. 387 ff.

<sup>604</sup> Vgl. Rdnrn. 350 f.

<sup>605</sup> Vgl. Rdnrn. 389 ff.

Verstoß gegen den ordre public darstellen, etwa der Verstoß gegen das Verbot des Richtens in eigener Sache. Alle diese Gründe sind jedoch als schiedsrichterbezogene Konstituierungshindernisse systematisiert worden, die unter dem Gesichtspunkt der rechtlichen Unmöglichkeit im Beendigungsverfahren nach § 1038 Abs. 1 ZPO geltend zu machen sind. Dieser Rechtsbehelf ist während des schiedsrichterlichen Verfahrens nicht präklusionsbedroht und aus den gleichen, an die Beendigung des Schiedsrichteramts anknüpfenden Gründen, wie sie für das Ablehnungsverfahren gelten, auch nach Erlass eines Schiedsspruchs im Regelfall noch statthaft. Der Rechtsbehelf ist allerdings für die potentielle Antragstellerseite weniger essentiell, weil sie die schiedsrichterbezogenen Konstituierungshindernisse zusätzlich unter dem Gesichtspunkt des Verstoßes gegen den ordre public als Aufhebungsgrund in den Verfahren nach dem Schiedsspruch geltend machen kann. Dies ist lediglich für die Fallgruppe eines Verstoßes gegen dienstrechtliche Beschränkungen ausgeschlossen. Indes hilft in diesem Fall auch das Beendigungsverfahren nach dem Schiedsspruch nicht weiter: Denn in diesem Fall ist genauso der Aufhebungsgrund des § 1059 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. d) Alt. 1 ZPO ausgeschlossen, weil sich der Verfahrensverstoß im Regelfall nicht auf den Schiedsspruch auswirkt.<sup>606</sup>

Wird folglich zwischen Konstituierungshindernissen und Verstößen gegen Bestellungskriterien unterschieden und werden die destruktiven konstituierungsbezogenen Rechtsbehelfe auch nach Erlass eines Schiedsspruchs als statthaft mit der Folge angesehen, daß Rechtsschutz primär durch Ergreifen dieser Rechtsbehelfe gesucht werden muß, geht das System der konstituierungsbezogenen Rechtsbehelfe widerspruchslös auf.

423

Ich hoffe, daß die gefundenen Ergebnisse der Praxis der Schiedsgerichtsbarkeit förderlich sind, zumindest die weitere Diskussion bereichern.

---

<sup>606</sup> Vgl. Rdhrn. 380 f.

---



## Abkürzungsverzeichnis

AAA	American Arbitration Association	IHK	Industrie und Handelskammer in Verbindung mit <a href="http://www.juris.de">www.juris.de</a> (online-Datenbank, Zugriff erfordert Paßwort)
Abs.	Absatz	i. V. m. Juris	
a.E.	am Ende		
a.F.	alte Fassung		
AktG	Aktiengesetz	JZ	Juristenzeitung
Alt.	Alternative	Kap.	Kapitel
AnwBl.	Anwaltsblatt (Zeitschrift)	KG	Kammergericht
ArbnErfG	Arbeitnehmererfindungsgesetz	KG-Datenbank	<a href="http://www.kammergericht.de">www.kammergericht.de</a>
Art. (Artt.)	Artikel (Artikel)	KV	Kostenverzeichnis
Aufl.	Auflage	LA	Liber Amicorum
BB	Betriebsberater (Zeitschrift)	LCIA	London Court of International Arbitration
BDVR	Bund Deutscher Rundschreiben		
	Verwaltungsrichter und Verwaltungsrichterrinnen (Zeitschrift)	Mio.	Million
		m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
Beschl. v.	Beschluß vom	NJW	Neue juristische Wochenschrift
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch	Nr. (Nr.)	Nummer (Nummern)
BGBI.	Bundesgesetzblatt	OGH	Oberster Gerichtshof (Österreich)
BGH	Bundesgerichtshof		
BGH-Datenbank	<a href="http://www.bundesgerichtshof.de">www.bundesgerichtshof.de</a> (online-Datenbank, Volltextzugriff)	OGH-Datenbank	<a href="http://www.ris.bka.gv.at/jus/">www.ris.bka.gv.at/jus/</a> (online-Datenbank, Volltextzugriff)
BGHZ	Entscheidungssammlung des BGH in Zivilsachen	OLG	Oberlandesgericht
BNotO	Bundesnotarordnung	RBerG	Rechtsberatungsgesetz
BRAK-Mitt.	BRAK-Mitteilungen (Zeitschrift)	Rdnr. (Rdnr.)	Randnummer (Randnummern)
		RG	Reichsgericht
Buchst.	Buchstabe	RGZ	Sammlung von Entscheidungen des RG in Zivilsachen
BT-Drucks.	Drucksache des Bundestags		
BuW	Betrieb und Wirtschaft (Zeitschrift)	RIW	Recht der internationalen Wirtschaft (Zeitschrift)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht	RVG	Rechtsanwaltsvergütungsgesetz
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht	S.	Seite/Seiten
BVerwGE	Entscheidungssammlung des BVerwG	SchiedsVZ	Zeitschrift für Schiedsverfahren
bzw.	beziehungsweise		
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)	StGB	German Arbitration Journal (German Arb. J.)
ders.	derselbe	StPO	Strafgesetzbuch
d.h.	das heißt	TranspR	Strafprozeßordnung
DIS-Datenbank	<a href="http://www.dis-arb.de">www.dis-arb.de</a> (online-Datenbank, Volltextzugriff erfordert Paßwort)	u.a.	Transportrecht (Zeitschrift) unter anderem
		UNCITRAL-ModG	UNCITRAL-Modellgesetz für die internationale Schiedsgerichtsbarkeit
DIS	Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e. V.		UN Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 10.06. 1958, BGBl. 1961 II, S. 122
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt (Zeitschrift)	UNÜ 1958	
DRiZ	Deutsche Richterzeitung		
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten	Urt. v.	Urteil vom
		VerfO	Verfahrensordnung
		VersR	Versicherungsrecht (Zeitschrift)
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht	VG	Verwaltungsgericht
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)	VGH	Verwaltungsgerichtshof
FS	Festschrift	vgl.	vergleiche
GG	Grundgesetz	VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
ggf.	gegebenenfalls	WM	Wertpapier-Mitteilungen (Zeitschrift)
GKG	Gerichtskostengesetz		
GmbHR	GmbH-Rundschau (Zeitschrift)	z.B.	zum Beispiel
HGB	Handelsgesetzbuch	ZEV	Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge
IBA	International Bar Association		
ICC	International Chamber of Commerce (Paris)	ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
IDR	International Dispute Resolution (Zeitschrift)	ZPO	Zivilprozeßordnung
		ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
		z.T.	zum Teil
		ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß

---

## Literaturverzeichnis

**Albers, Jan,**

in: Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 63. Aufl., 2005

**Albers, Stephan,**

Der parteibestellte Schiedsrichter im schiedsgerichtlichen Verfahren der ZPO und das Gebot überparteilicher Rechtspflege, 1995 (Dissertation)

**Arnold, Hans,**

Ernennung von Schiedsrichtern durch Richter, NJW 1968, 781

**Bader, J. Lani,**

Arbitrator Disclosure, Journal of International Arbitration, 12 (3), 1995, 39

**Berger, Klaus Peter,**

Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit, 1992 (Dissertation)

**Böcker, Christian,**

Schiedsverfahrensrecht in Spanien, SchiedsVZ 2003, 170

**Borges, Georg,**

Die Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen nach dem neuen Schiedsverfahrensrecht, ZZP 111 (1998), 487

**Born, Gary B.,**

International Commercial Arbitration, 2nd edition, 2001

**Bucher, Eugen,**

Zur Unabhängigkeit des parteibenannten Schiedsrichters, in: Festgabe für Max Kummer, 1980, 599

**Calavros, Constantin,**

Das UNCITRAL-Modellgesetz über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit, 1988

**Calvo, Michel A.,**

The Challenge of the ICC Arbitrator, Journal of International Arbitration, 15 (4), 1998, 63

**Derrains, Yves / Schwartz, Eric A.,**

A Guide to the New ICC Rules of Arbitration, 1998

**de Witt Wijnen, Otto / Voser, Nathalie / Rao, Neomi,**

Background Information on the IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, Business Law International, 2004, 433

**Donahey, M. Scott,**

The Independence and Neutrality of Arbitrators, Journal of International Arbitration, 9 (4), 1992, 31

**Ebbing, Frank,**

Private Zivilgerichte, 2003 (Habilitation)

**Ehricke, Ulrich,**

Die Beschleunigung der Finalität von Schiedssprüchen nach dem neuen deutschen Schiedsverfahrensrecht, ZZP 113 (2000), 453

**Eßer, Walter / Moosmayer, Klaus,**

Das Schiedsverfahren nach den Regeln der Internationalen Handelskammer vom 1.1.1998, EuZW 1998, 490

**Fasching, Hans W.,**

Die „Selbstablehnung“ des Schiedsrichters wegen Befangenheit, in: Festschrift für Gerhard Frotz, 1993, 769

**Franzen, Franz,**

„Parteischiedsrichter“ – ein vermeidbarer Mangel der Praxis, NJW 1986, 299

**Geimer, Reinhold,**

in: Zöller, ZPO, 26. Aufl., 2007

**Geimer, Reinhold,**

Nichtvertragliche Schiedsgerichte, in: Festschrift für Peter Schlosser, 2005, 197

**Glossner, Ottoarndt,**

Das Standesrecht für den Schiedsrichter, in: Festschrift für Karlheinz Quack, 1991, 709

**Glossner, Ottoarndt,**

Institutionelle Schiedsrichterernennung, in: Festschrift für Reinhold Trinkner, 1995, 555

**Glossner, Ottoarndt / Bredow, Jens,**

ICC, LCIA und DIS-Schiedsgerichtsordnung Unterschiede und Gemeinsamkeiten, in: Liber Amicorum für Karl-Heinz Böckstiegel, 2001, 219

**Granzow, Joachim H.,**

Das UNCITRAL-Modellgesetz über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit von 1985, 1988 (Dissertation)

**Greger, Reinhard,**

in: Zöller, ZPO, 26. Aufl., 2007

**Habscheid, Walther J.,**

Das neue Recht der Schiedsgerichtsbarkeit, JZ 1998, 445

**Habscheid, Walther J.,**

Das Problem der Unabhängigkeit der Schiedsgerichte, NJW 1962, 5

**Hantke, Dietmar,**

Die Bildung des Schiedsgerichts, SchiedsVZ 2003, 269

**Hartmann, Peter,**

in: Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 65. Aufl., 2007

**Heinrichs, Helmut,**

in: Palandt, BGB, 66. Aufl., 2007

**Henn, Günter,**

Schiedsverfahrensrecht, 3. Aufl., 1999

**Henn, Günter,**

Die Unparteilichkeit des Schiedsrichteramts, BB 1993, Beilage 17, S. 13

**Herget, Kurt,**

in: Zöller, ZPO, 26. Aufl., 2007

**Hirsch, Günter,**

Schiedsgerichte – ein Offenbarungseid für die staatlichen Gerichte? SchiedsVZ 2003, 49

**Holtzmann, Howard M./ Neuhaus, Joseph E.,**

UNCITRAL Model Law On International Commercial Arbitration, 1989

**Huber, Peter,**

Das Verhältnis von Schiedsgericht und staatlichen Gerichten bei der Entscheidung über die Zuständigkeit, SchiedsVZ 2003, 73

**Jagenburg, Walter,**

Schiedsgerichtsbarkeit zwischen Wunsch und Wirklichkeit, in: Festschrift für Walter Oppenhoff, 1985, 147

**Karl, Roland,**

Die Gewährleistung der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Schiedsrichters, 2004 (Dissertation)

**Kornblum, Udo,**

Bemerkungen zur geplanten Neuregelung des deutschen Rechts der privaten Schiedsgerichtsbarkeit, ZRP 1995, 331

**Kornblum, Udo,**

Die Vereinbarkeit von gesetzlicher (Mit-) Vertretung einer Verfahrenspartei und Schiedsrichteramt, BB 1977, 675

**Kornblum, Udo,**

Probleme der schiedsrichterlichen Unabhängigkeit, 1968 (Habilitation)

**Kramer, Barbara,**

Das neue Steuerungsmodell und die Unabhängigkeit der Richter, ZZP 114 (2001), 267

**Kröll, Stefan,**

Die Entwicklung des Rechts der Schiedsgerichtsbarkeit 2005/2006, NJW 2007, 743

**Kröll, Stefan,**

Die Entwicklung des Rechts der Schiedsgerichtsbarkeit in den Jahren 2003 und 2004, NJW 2005, 194

**Kröll, Stefan,**

„Schiedsklauseln“ in Satzungen – zur Abgrenzung von Vereinsgericht und Schiedsgericht, ZIP 2005, 13

**Kröll, Stefan,**

Die Ablehnung eines Schiedsrichters nach deutschem Recht, ZZP 116 (2003), 195

**Kröll, Stefan / Mallmann, Roland A.,**

Anmerkung zu OLG Naumburg, Beschl. v. 19.12.2001 – 10 SchH 03/01, SchiedsVZ 2003, 138

**Kröll, Stefan,**

Anmerkung zu OLG Hamm, Beschl. v. 07.03.2002 – 11 Sch 01/02, SchiedsVZ 2003, 81

**Kröll, Stefan,**

Anmerkung zu BGH, Urt. v. 04.03.1999 – III ZR 72/98 (Frankfurt a.M.), EWiR 1999, 1087

**Lachmann, Jens-Peter,**

Effektivität des Rechtsschutzes vor den Schiedsgerichten und den staatlichen Gerichten, BRAK-Mitt. 2005, 217

**Lachmann, Jens-Peter,**

Anmerkung zu KG, Beschl. v. 11.08.2004 – 23 Sch 11/03, SchiedsVZ 2005, 101

**Lachmann, Jens-Peter,**

Nebentätigkeit des Richters im schiedsrichterlichen Verfahren, in: Festschrift für Peter Schlosser, 2005, 477

**Lachmann, Jens-Peter,**

Klappen für die Schiedsvereinbarung, SchiedsVZ 2003, 28

**Lachmann, Jens-Peter,**

Gedanken zur Schiedsrichterablehnung aufgrund Sozietätszugehörigkeit, in: Festschrift für Reinhold Geimer, 2002, 513

**Lachmann, Jens-Peter,**

Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl., 2002

**Lachmann, Jens-Peter,**

Schiedsgerichtsbarkeit aus Sicht der Wirtschaft, AnwBl 1998, 241

**Lachmann, Jens-Peter,**

Ausgewählte Aspekte des neuen Schiedsverfahrensrechts, BuW 1998, 582

**Laschet, Franz Florian,**

Die Ablehnung von Schiedsrichtern in internationalen Schiedsverfahren, KTS 1985, 231

**Liebscher, Christoph,**

Schiedsrichtervertrag und anwendbares Recht, BB 1999, Beilage 11, S. 2

**Lohmann, Ulrich / Hilbig, Katharina,**

No Man Can Serve Two Masters: The Challenge of Practicing Lawyers as Arbitrators in International Commercial Arbitration, IDR 2005, 160

**Lotz, Burkhard,**

Die Unparteilichkeit und Unabhängigkeit des parteiernannten Schiedsrichters, AnwBl. 2002, 202

**Lörcher, Gino / Lörcher, Heike,**

Das Schiedsverfahren – national/international – nach neuem Recht, 1. Aufl., 1998

**Maier, Hans Jakob,**

in: Münchener Kommentar, ZPO, 1. Aufl., 1992

**Maier, Hans Jakob,**

Handbuch der Schiedsgerichtsbarkeit, 1979

**Mankowski, Peter,**

Die Ablehnung von Schiedsrichtern, SchiedsVZ 2004, 304

**Mayer-Maly, Theo / Busche Jan,**

in: Münchener Kommentar, BGB, 4. Aufl., Bd. 4, 2001

**Massuras, Konstadinos,**

Dogmatische Strukturen der Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit, 1998 (Dissertation)

**Mecklenbrauck, Dirk,**

Anmerkung zu KG, Beschl. v. 06.05.2002 – 23 Sch 01/02, SchiedsVZ 2003, 186

**Mönnikes, Ralf,**

Die Reform des deutschen Schiedsverfahrensrechts, 2000 (Dissertation)

**Münch, Joachim,**

Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 06.06.2002 – III ZB 44/01 (Stuttgart), SchiedsVZ 2003, 41

**Münch, Joachim,**

in: Münchener Kommentar, ZPO, 2. Aufl., 2001

**Musielak, Hans-Joachim,**

in: Musielak, ZPO, 5. Aufl., 2007

**Nacimiento, Patricia / Gregor Geimer,**

Anmerkung zu OLG Stuttgart, Beschl. v. 16.07.2002 – 1 Sch 08/02, SchiedsVZ 2003, 88

**O'Malley Forbes, William,**

Rules of Ethics for Arbitrators and their Application, Journal of International Arbitration, 9 (3), 1992, 5

**Paulus, Christoph G.,**

Zivilprozeßrecht, 3. Aufl., 2004

**Paulus, Christoph G. / Henkel, Thomas,**

Rechtsschein der Prozessvollmacht, NJW 2003, 1692

**Pelzer, Oliver Markus,**

Die Dissenting Opinion in der Schiedsgerichtsbarkeit, 2000 (Dissertation)

**Raeschke-Kessler, Hilmar / Berger, Klaus Peter,**

Recht und Praxis des Schiedsverfahrens, 3. Aufl., 1999

**Redfern, Alan / Hunter, Martin,**

International Commercial Arbitration, 1986

**Reichold, Klaus,**

in: Thomas/Putzo, ZPO, 27. Aufl., 2005

**Reiner, Andreas / Jahnel, Werner,**

ICC-Schiedsordnung, in: Schütze, Institutionelle Schiedsgerichtsbarkeit, 2006

**Rüßmann, Helmut,**

Der erschlichene Schiedsspruch, in: Festschrift für Peter Schlosser, 2005, 785

**Saenger, Ingo,**

in: Saenger, ZPO, 1. Aufl., 2006

**Schellhammer, Kurt,**

Zivilprozeß, 11. Aufl., 2004

**Schlosser, Peter,**

in: Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl., 2002

**Schlosser, Peter,**

in: Stein/Jonas, ZPO, 21. Aufl., 1994

**Schlosser, Peter,**

Die Unparteilichkeit des Schiedsrichteramtes, ZZP 93 (1980), 121

**Schroeter, Ulrich G.,**

Anmerkung zu OLG München, Beschl. v. 06.02.2006 – 34 SchH 10/05, EWiR 2006, 479

**Schroeter, Ulrich G.,**

Antrag auf Feststellung der Zulässigkeit eines schiedsrichterlichen Verfahrens, SchiedsVZ 2004, 288

**Schütze, Rolf A.,**

Schiedsgericht und Schiedsverfahren, 3. Aufl., 1999

**Schwab, Karl Heinz / Walter, Gerhard,**

Kommentar zur Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl., 2005

**Stöber, Kurt,**

in: Zöller, ZPO, 26. Aufl., 2007

**Theune, Ulrich,**

DIS-Schiedsgerichtsordnung, in: Schütze, Institutionelle Schiedsgerichtsbarkeit, 2006

**Thümmel, Roderich C.,**

American Arbitration Association – International Arbitration Rules (IAR), in: Schütze, Institutionelle Schiedsgerichtsbarkeit, 2006

**Tröndle, Herbert / Fischer, Thomas,**

StGB, 53. Aufl., 2006

**Voit, Wolfgang,**

in: Musielak, ZPO, 5. Aufl., 2007

**Voit, Wolfgang,**

Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 02.11.2000 – III ZB 55/99 (Düsseldorf), ZZZ 114 (2001), 351

**Vollkommer, Gregor**

Der ablehnbare Richter, 2001

**Vollkommer, Max,**

in: Zöller, ZPO, 26. Aufl., 2007

**von Schlabrendorff, Fabian,**

Internationaler Schiedsgerichtshof der Internationalen Handelskammer (ICC), SchiedsVZ 2003, 34

**Voser, Nathalie,**

Interessenkonflikte in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, SchiedsVZ 2003, 59

**Wagner, Gerhard,**

Anmerkung zu BayObLG, Beschl. v. 05.10.2004 – 4 Z SchH 09/04, SchiedsVZ 2004, 317

**Wais, Walter, in: Schütze/Tscherning/Wais,**

Handbuch des Schiedsverfahrens, 2. Aufl., 1990

**Walter, Helmut,**

Die schiedsrichterliche Unabhängigkeit in der privaten Schiedsgerichtsbarkeit im deutschen und angloamerikanischen Recht, 1986 (Dissertation)

**Wegmann, Bernd,**

Die Schiedsgerichtsbarkeit in Nachlaßsachen, ZEV 2003, 20

**Weigel, Michael,**

Befangenheit im Schiedsgerichtsverfahren, MDR 1999, 1360

**Wolf, Christian,**

Die institutionelle Handelsschiedsgerichtsbarkeit, 1992 (Dissertation)



## Entscheidungsübersicht

Gericht	Datum	Aktenzeichen	Fundstelle	weitere Fundstellen
BGH	Urt. v.	01.03.2007 – III ZR 164/06 (LG Dortmund)	BGH-Datenbank	
BGH	Beschl. v.	30.11.2006 – III ZR 93/06 (München)	BGH-Datenbank	
BGH	Beschl. v.	01.06.2006 – V ZB 193/05 (Düsseldorf)	BGH-Datenbank	
BGH	Beschl. v.	30.03.2006 – III ZB 78/05 (Kammergericht)	BGH-Datenbank DIS-Datenbank	
BGH	Beschl. v.	29.06.2005 – III ZB 65/04 (Hamburg)	BGH-Datenbank DIS-Datenbank	
BGH	Urt. v.	24.02.2005 – II ZR 365/02 (Celle)	BGH-Datenbank	
BGH	Beschl. v.	13.01.2005 – III ZR 265/03 (Düsseldorf)	BGH-Datenbank DIS-Datenbank	WM 2005, 1143
BGH	Beschl. v.	27.05.2004 – III ZB 53/03 (Köln)	BGH-Datenbank DIS-Datenbank	MDR 2004, 1315 NJW 2004, 2226 WM 2005, 298
BGH	Beschl. v.	19.05.2004 – IXa ZB 181/03 (LG Hanau)	BGH-Datenbank	
BGH	Beschl. v.	06.06.2002 – III ZB 44/01 (Stuttgart)	BGH-Datenbank DIS-Datenbank	BGHZ 151, 79 NJW 2002, 3031 SchiedsVZ 2003, 39
BGH	Beschl. v.	27.03.2002 – III ZB 43/00 (Hamm)	BGH-Datenbank DIS-Datenbank	BB 2002, 963 RIW 2002 476
BGH	Urt. v.	01.02.2001 – III ZR 332/99 (Stuttgart)	DIS-Datenbank DIS-Datenbank	MDR 2001, 345 NJW- RR 2001, 1059 WM 2001, 787
BGH	Beschl. v.	02.11.2000 – III ZB 55/99 (Düsseldorf)	DIS-Datenbank	BGHZ 145, 376 NJW 2001, 373 ZIP 2000, 2270
BGH	Beschl. v.	15.07.1999 – III ZB 21/98 (Oldenburg)	DIS-Datenbank	NJW 1999, 2947 BB 2000, Beilage 8, S. 12
BGH	Urt. v.	04.03.1999 – III ZR 72/98 (Frankfurt a.M.)	DIS-Datenbank	BGHZ 142, 204 NJW 1999, 2974 WM 1999, 2095
BGH	Urt. v.	15.05.1986 – III ZR 192/84 (Hamburg)	BGHZ 98, 70	DB 1986, 2178 NJW 1986, 3072 WM 1986, 982
BGH	Urt. v.	05.05.1986 – III ZR 235/83 (Hamburg)	NJW 1986, 3079	BB 1987, 299 DB 1986, 2018 MDR 1986, 1005
BGH	Urt. v.	07.03.1985 – III ZR 169/83 (Düsseldorf)	BGHZ 94, 92	BB 1985, 1359 NJW 1985, 1093 ZIP 1985, 1094
BGH	Urt. v.	03.07.1975 – III ZR 78/73 (München)	BGHZ 65, 59	BB 1975, 1553 NJW 1976, 109
BGH	Urt. v.	11.02.1971 – VII ZR 73/69 (Karlsruhe)	DIS-Datenbank	BGHZ 55, 313 BB 1971, 370
BGH	Urt. v.	07.01.1971 – VII ZR 160/69 (Hamburg)	BGHZ 55, 162	

<b>Gericht</b>	<b>Datum</b>	<b>Aktenzeichen</b>	<b>Fundstelle</b>	<b>weitere Fundstellen</b>
BGH	Urt. v.	05.11.1970 – VII ZR 31/69 (Hamburg)	NJW 1971, 139	NJW 1971, 139
BGH	Urt. v.	10.03.1955 – II ZR 193/53 (Düsseldorf)	BGHZ 17, 7	
BGH	Urt. v.	14.05.1952 – II ZR 276/51 (Hamburg)	MDR 1952, 487	BB 1952, 529 NJW 1952, 27
RG	Urt. v.	23.09.1932 – VII 101/32 (Kammergericht)	RGZ 137, 251	
RG	Urt. v.	17.10.1902 – II 148/02 (Köln)	RGZ 53, 1	

<b>Gericht</b>	<b>Datum</b>	<b>Aktenzeichen</b>	<b>Fundstelle</b>	<b>weitere Fundstellen</b>
BayObLG	Beschl. v.	11.11.2004 – 4 Z SchH 08/04	DIS-Datenbank	
BayObLG	Beschl. v.	05.10.2004 – 4 Z SchH 09/04	DIS-Datenbank	MDR 2005, 289 SchiedsVZ 2004, 316
BayObLG	Beschl. v.	27.05.2003 – 4 Z SchH 08/03	DIS-Datenbank	
BayObLG	Beschl. v.	13.05.2002 – 4 Z SchH 04/02	DIS-Datenbank	BB 2002, 1392 NJW 2002, 3717 NJW-RR 2002, 1437
BayObLG	Beschl. v.	20.06.2000 – 4 Z SchH 12/99	DIS-Datenbank	BB 2000, Beilage 12, S. 20
BayObLG	Beschl. v.	15.12.1999 – 4 Z SchH 06/99	DIS-Datenbank	BB 1999, 1785
BayObLG	Beschl. v.	09.09.1999 – 4 Z Sch 03/99	DIS-Datenbank	BB 2000, Beilage 8, S. 16
BayObLG	Beschl. v.	04.06.1999 – 4 Z SchH 01/99	DIS-Datenbank	BB 1999, 1785
BayObLG	Beschl. v.	24.02.1999 – 4 Z Sch 17/98	DIS-Datenbank	BB 1999, 1187
BayObLG	Beschl. v.	10.12.1998 – 4 Z Sch 03/98	DIS-Datenbank	BB 1999, Beilage 4, S. 18
BayObLG	Beschl. v.	16.09.1998 – 4 Z Sch 02/98	DIS-Datenbank	NJW-RR 1999, 1085 MDR 1999, 55
KG	Beschl. v.	08.06.2006 – 15 W 31/06	KG-Datenbank	
KG	Beschl. v.	11.08.2004 – 23 Sch 11/03	DIS-Datenbank	SchiedsVZ 2005, 100
KG	Beschl. v.	21.04.2004 – 23 Sch 04/03	DIS-Datenbank	
KG	Beschl. v.	11.07.2002 – 23 Sch 03/02	DIS-Datenbank	
KG	Beschl. v.	26.06.2002 – 23/29 Sch 16/01	DIS-Datenbank	
KG	Beschl. v.	06.05.2002 – 23 Sch 01/02	DIS-Datenbank	SchiedsVZ 2003, 185
KG	Beschl. v.	08.04.2002 – 23/29 Sch 13/01	DIS-Datenbank	
KG	Beschl. v.	13.03.2002 – 23/29 Sch 20/01	DIS-Datenbank	
KG	Beschl. v.	22.03.2000 – 28 Sch 24/99	DIS-Datenbank	
OLG Brandenburg	Beschl. v.	24.05.2005 – 11 SchH 1/05	DIS-Datenbank	
OLG Brandenburg	Beschl. v.	02.10.2003 – 8 SchH 2/03	DIS-Datenbank	
OLG Brandenburg	Beschl. v.	26.06.2000 – 8 SchH 1/00 (1)	DIS-Datenbank	

<b>Gericht</b>	<b>Datum</b>	<b>Aktenzeichen</b>	<b>Fundstelle</b>	<b>weitere Fundstellen</b>
OLG Bremen	Beschl. v. 24.05.2006	– 2 Sch 02/06	DIS-Datenbank	
OLG Bremen	Beschl. v. 25.08.2000	– 2 Sch 4/2000	DIS-Datenbank	
OLG Celle	Beschl. v. 19.02.2004	– 8 Sch 09/03	DIS-Datenbank	
OLG Celle	Beschl. v. 15.08.2003	– 8 SchH 04/02	DIS-Datenbank	
OLG Celle	Beschl. v. 30.07.2003	– 8 SchH 01/03	DIS-Datenbank	
OLG Celle	Beschl. v. 04.11.1999	– 8 SchH 03/99	DIS-Datenbank	
OLG Dresden	Beschl. v. 07.06.2006	– 11 Sch 2/06	DIS-Datenbank	
OLG Dresden	Beschl. v. 10.11.2005	– 11 SchH 17/05	DIS-Datenbank	
OLG Dresden	Beschl. v. 03.11.2005	– 11 SchH 03/05	DIS-Datenbank	
OLG Dresden	Beschl. v. 21.03.2005	– 11 SchH 02/05	DIS-Datenbank	
OLG Dresden	Beschl. v. 07.02.2005	– 11 SchH 01/05	DIS-Datenbank	
OLG Dresden	Beschl. v. 26.10.2004	– 11 SchH 03/04	DIS-Datenbank	
OLG Dresden	Beschl. v. 11.09.2001	– 11 SchH 01/01	DIS-Datenbank	
OLG Dresden	Beschl. v. 28.02.2001	– 11 SchH 01/01	DIS-Datenbank	
OLG Dresden	Beschl. v. 22.02.2001	– 11 SchH 02/01	DIS-Datenbank	BB 2001, Beilage 6, S. 18
OLG Dresden	Beschl. v. 20.02.2001	– 11 SchH 02/00	DIS-Datenbank	
OLG Dresden	Beschl. v. 07.02.2001	– 11 SchH 03/00	DIS-Datenbank	
OLG Düsseldorf	Beschl. v. 06.07.1998	– 12 Sch 01/98	DIS-Datenbank	EWiR 1998, 1019
OLG Frankfurt a.M.	Beschl. v. 27.04.2006	– 26 SchH 01/06	DIS-Datenbank	
OLG Frankfurt a.M.	Beschl. v. 24.11.2005	– 26 Sch 13/05	DIS-Datenbank	
OLG Frankfurt a.M.	Beschl. v. 22.10.2004	– 2 Sch 01/04	DIS-Datenbank	
OLG Frankfurt a.M.	Beschl. v. 14.07.2004	– 2 Sch 01/04	DIS-Datenbank	
OLG Frankfurt a.M.	Beschl. v. 17.05.2004	– 2 Sch 02/03	DIS-Datenbank	
OLG Frankfurt a.M.	Beschl. v. 08.10.2003	– 1 SchH 01/03	DIS-Datenbank	SchiedsVZ 2004, 168
OLG Frankfurt a.M.	Urt. v. 28.01.1998	– 19 U 92/96	DIS-Datenbank	
OLG Hamburg	Beschl. v. 23.05.2006	– 6 SchH 04/06	DIS-Datenbank	
OLG Hamburg	Beschl. v. 08.05.2006	– 6 SchH 01/06	DIS-Datenbank	
OLG Hamburg	Beschl. v. 27.03.2006	– 6 Sch 02/06	DIS-Datenbank	
OLG Hamburg	Beschl. v. 12.07.2005	– 9 SchH 01/05	DIS-Datenbank	
OLG Hamburg	Beschl. v. 28.06.2004	– 11 SchH 01/04	DIS-Datenbank	
OLG Hamburg	Beschl. v. 29.01.2004	– 11 W 93/03	DIS-Datenbank	GmbHHR 2004, 795

<b>Gericht</b>	<b>Datum</b>	<b>Aktenzeichen</b>	<b>Fundstelle</b>	<b>weitere Fundstellen</b>
OLG Hamburg	Beschl. v.	11.03.2003 – 6 SchH 03/02	DIS-Datenbank	SchiedsVZ 2003, 191 TranspR 2003, 206
OLG Hamburg	Beschl. v.	04.09.1998 – 14 U 111/98 (14 Sch 1/98)	DIS-Datenbank	NJW-RR 2000, 806
OLG Hamburg	Beschl. v.	22.07.1998 – 14 Sch 02/98	DIS-Datenbank	
OLG Hamburg	Urt. v.	30.05.1996 – 2 U 120/94	Juris	
OLG Hamburg	Urt. v.	17.02.1989 – 1 U 86/87	RIW 1989, 574	
OLG Hamburg	Urt. v.	14.12.1982 – 9 U 22/82	VersR 1983, 787	
OLG Hamm	Beschl. v.	18.09.2003 – 17 SchH 7/03	DIS-Datenbank	
OLG Hamm	Beschl. v.	22.07.2002 – 17 SchH 13/01	DIS-Datenbank	
OLG Hamm	Beschl. v.	07.03.2002 – 11 Sch 01/02	DIS-Datenbank	SchiedsVZ 2003, 79
OLG Karlsruhe	Beschl. v.	14.07.2006 – 10 Sch 1/06	DIS-Datenbank	
OLG Karlsruhe	Beschl. v.	04.07.2006 – 10 Sch 2/06	DIS-Datenbank	
OLG Karlsruhe	Beschl. v.	03.07.2006 – 9 Sch 1/06	DIS-Datenbank	
OLG Karlsruhe	Beschl. v.	27.03.2006 – 9 Sch 2/05	DIS-Datenbank	
OLG Koblenz	Beschl. v.	19.02.2004 – 2 Sch 04/03	DIS-Datenbank	
OLG Koblenz	Beschl. v.	20.02.2003 – 2 SchH 01/03	DIS-Datenbank	
OLG Koblenz	Beschl. v.	22.10.2001 – 2 SchH 01/01	DIS-Datenbank	
OLG Koblenz	Beschl. v.	04.06.1999 – 2 SchH 01/99	DIS-Datenbank	
OLG Köln	Beschl. v.	02.04.2004 – 9 Sch (H) 22/03	DIS-Datenbank	
OLG Köln	Beschl. v.	02.04.2004 – 9 Sch (H) 21/03	DIS-Datenbank	
OLG Köln	Beschl. v.	15.01.2004 – 9 Sch 17/03	DIS-Datenbank	SchiedsVZ 2004, 269
OLG Köln	Beschl. v.	11.04.2003 – 9 SchH 27/02	DIS-Datenbank	
OLG Köln	Beschl. v.	09.12.2002 – 9 SchH 17/02	DIS-Datenbank	
OLG Köln	Beschl. v.	21.03.2002 – 9 SchH 02/02	DIS-Datenbank	
OLG Köln	Beschl. v.	16.10.2000 – 9 SchH 23/00	DIS-Datenbank	
OLG Köln	Beschl. v.	14.09.2000 – 9 SchH 30/00	DIS-Datenbank	
OLG Köln	Beschl. v.	22.12.1999 – 9 SchH 15/99	DIS-Datenbank	
OLG Naumburg	Beschl. v.	21.05.2004 – 10 Sch 06/03	DIS-Datenbank	
OLG Naumburg	Beschl. v.	19.05.2003 – 10 SchH 01/03	DIS-Datenbank	
OLG Naumburg	Beschl. v.	24.09.2002 – 10 SchH 01/02	DIS-Datenbank	
OLG Naumburg	Beschl. v.	21.02.2002 – 10 SchH 04/01	DIS-Datenbank	
OLG Naumburg	Beschl. v.	19.12.2001 – 10 SchH 03/01	DIS-Datenbank	SchiedsVZ 2003, 135

<b>Gericht</b>	<b>Datum</b>	<b>Aktenzeichen</b>	<b>Fundstelle</b>	<b>weitere Fundstellen</b>
OLG Naumburg	Beschl. v.	10.09.2001 – 10 SchH 02/01	DIS-Datenbank	
OLG Naumburg	Beschl. v.	12.11.1999 – 10 Sch(H) 01/99	DIS-Datenbank	
OLG Naumburg	Beschl. v.	24.02.1999 – 10 Sch(H) 01/98	DIS-Datenbank	
OLG Naumburg	Beschl. v.	30.11.1998 – 10 Sch 02/98	DIS-Datenbank	
OLG Neustadt	Beschl. v.	16.02.1955 – 2 W 18/55	NJW 1955, 635	
OLG München	Beschl. v.	19.01.2007 – 34 SchH 009/06	DIS-Datenbank	
OLG München	Beschl. v.	10.01.2007 – 34 Sch 07/06	DIS-Datenbank	
OLG München	Beschl. v.	20.12.2006 – 34 Sch 27/06	DIS-Datenbank	
OLG München	Beschl. v.	20.12.2006 – 34 Sch 17/06	DIS-Datenbank	
OLG München	Beschl. v.	20.12.2006 – 34 Sch 016/06	DIS-Datenbank	
OLG München	Beschl. v.	06.11.2006 – 34 Sch 11/06	DIS-Datenbank	
OLG München	Beschl. v.	23.10.2006 – 34 Sch 08/06	DIS-Datenbank	
OLG München	Beschl. v.	04.09.2006 – 34 SchH 006/06	DIS-Datenbank	
OLG München	Beschl. v.	07.08.2006 – 34 Sch 09/05	DIS-Datenbank	
OLG München	Beschl. v.	28.06.2006 – 34 SchH 011/05	DIS-Datenbank	
OLG München	Beschl. v.	28.06.2006 – 34 SchH 02/05	DIS-Datenbank	
OLG München	Beschl. v.	22.06.2005 – 34 Sch 10/05	DIS-Datenbank	
Saarländisches OLG	Beschl. v.	29.10.2002 – 4 Sch 02/02	DIS-Datenbank,	SchiedsVZ 2003, 92
OLG Schleswig	Beschl. v.	24.06.1999 – 16 SchH 01/99	DIS-Datenbank	
OLG Stuttgart	Beschl. v.	14.10.2003 – 1 Sch 16/02	DIS-Datenbank	
OLG Stuttgart	Beschl. v.	03.06.2003 – 1 Sch 02/03	DIS-Datenbank	
OLG Stuttgart	Beschl. v.	16.07.2002 – 1 Sch 08/02	DIS-Datenbank	NJW RR 2003, 495 SchiedsVZ 2003, 84
OLG Stuttgart	Beschl. v.	20.12.2001 – 1 Sch 13/01	DIS-Datenbank	
OLG Stuttgart	Urt. v.	18.10.1999 – 5 U 89/98	DIS-Datenbank	
OLG Thüringen	Beschl. v.	09.01.2006 – 6 U 569/05	DIS-Datenbank	
BVerfG	Beschl. v.	02.06.2005 – 2 BvR 625/01 u.a.	NJW 2005, 3410	
BVerwG	Urt. v.	30.06.1983 – 2 C 57/82 (Münster)	BVerwGE 67, 287	DRiZ 1984, 20 DVBl 1984, 49
VGH Hessen	Urt. v.	17.12.2003 – 1 UE 2541/02	BDVR 2004, 189	
VG Ansbach	Urt. v.	18.12.2002 – AN 1 K 00.01345	DIS-Datenbank	

<b>Gericht</b>	<b>Datum</b>	<b>Aktenzeichen</b>	<b>Fundstelle</b>	<b>weitere Fundstellen</b>
VG Düsseldorf	Urt. v. 11.07.1995	– 2 K 3323/94	unveröffentlicht	
VG Frankfurt a.M.	Urt. v. 12.11.2001	– 9 E 4148/00(1)	DIS-Datenbank	
VG Minden	Urt. v. 20.11.2002	– 3 K 1772/01	unveröffentlicht	
OGH	Urt. v. 06.06.2005	– 9 Ob 126/04a (Wien)	OGH-Datenbank	
OGH	Beschl. v. 28.04.1998	– 1 Ob 253/97f (Wien)	OGH-Datenbank	BB 1999, Beilage 11, S. 7

# Stichwortverzeichnis

## Ziffern verweisen auf Randnummern

Ablehnungsgründe	164 ff.	Bestellungsbefugnis	40 ff.
Ablehnungsverfahren nach		Bestellungsfähigkeit	39
§ 1037 Abs. 3	359 ff., 392, 419	Bestellungskompetenz	38 ff.
- Entscheidung	373 f.	Bestellungskriterien	161 ff.
- Kosten	375	- Abgrenzung Konstituierungs-	
- Verfahrensfragen	361 ff.	hindernisse	124 ff.
Amtsdelikte	100, 113 ff., 384	- dienstrechtliche Beschrän-	
Aufhebungsgründe	378 ff.	kungen	116 ff.
- außerordentliche	386	- gesetzlicher Maßstab	164 ff.
- einredeweise	379 ff.	- parteivereinbarter Maßstab	198 ff.
- nachträgliche Kenntniserlangung	387 ff.	Bildung des Schiedsgerichts	
- von Amts wegen	383 ff.	- Abgrenzung zur Zusammen-	
Aufhebungsverfahren nach § 1059	377 ff.	setzung des Schiedsgerichts	71
- Entscheidung	403 ff.	- Definition	67
- Kosten	407		
- Verfahrensfragen	393 ff.	Dienstrechtliche Beschrän-	
Ausschließungsgründe	196 f.	kungen	116 ff., 381, 384, 422
		DIS	98
Beendigung des Amtes des	74 ff.	DIS-Verfahrensordnung	57, 193, 216, 224, 270, 280, 323
Schiedsgerichts		Dispositionsbefugnis der	
- Bestimmung des Zeitpunkts	80 ff.	Parteien	8, 13 f., 116, 149, 158 f., 365
- Vorbehalte	75 ff.		
Beendigung des Schiedsrichteramts	13, 62 ff., 123 f., 256, 266, 275 ff., 279 ff., 316, 341 ff., 373, 418 f.	Einrede der Schiedsvereinba-	
		rung	157 f.
Beendigungsverfahren nach		Ernennung des Schiedsrichters	58 ff.
§ 1038 Abs. 1	279 ff.	- Bedingungsfeindlichkeit	61
- Entscheidung	292 ff.	- Definition	58
- Kosten	299	Ersatzbestellungsverfahren	
- Verfahrensfragen	281 ff.	nach § 1035 Abs. 3 oder Abs. 4	225 ff.
Befangenheitsgründe	169 ff.	- Entscheidung	249 ff.
- allgemeine Wertungen	170 ff.	- Kosten	264 ff.
- IBA Guidelines on Conflicts of		- Verfahrensfragen	226 ff.
Interest in International Arbitration	173 ff.	Ersatz-Nachbestellungsver-	
- nachträgliche Geltendmachung	341 ff., 387 ff.	fahren nach § 1039 Abs. 1	271 ff.
Begriffe der Konstituierung	30 ff.	- Gemeinsamkeiten mit	
Behörden als Schiedsrichter	110 ff.	Ersatzbestellungsverfahren	273 f.
Benennung des Schiedsrichters	55 ff.	- Unterschiede zum	
- Abgrenzung Bestellung	55	Ersatzbestellungsverfahren	274 ff.
- Definition	56	Ersetzungsverfahren nach	
Berichtigung, Auslegung, Ergänzung		§ 1034 Abs. 2	300 ff.
des Schiedsspruchs	31, 77 f., 86	- Entscheidung	314 ff.
Berufsverschwiegenheit	208	- Kosten	319
Bestellung des Schiedsrichters	36 ff.	- Verfahrensfragen	302 ff.
- Bestellungsbefugnis	40 ff.		
- Bestellungsfähigkeit	39	Faktische Konstituierungs-	
- Bestellungskompetenz	38 ff.	hindernisse	154 f.
- Bindungswirkung	47 ff.		
- Definition	53	Geschäftsfähigkeit	108 f.
- Grundfragen	37		

Gesetzlicher Richter	10	Offenbarungspflicht	203 ff.
Gleichbehandlung der Parteien	25 f.		
IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration	173 ff.	Parteilichkeit beisitzender Schiedsrichter	183 ff.
ICC	98	Parteivereinbarte Ablehnungsverfahren	323 f.
ICC-Verfahrensordnung	193, 216, 224, 270, 280, 324	Parteivereinbarte Ersatzbestellungsverfahren	224
Juristische Personen als Schiedsrichter	110 ff.	Personelle Verfahrensherrschaft	9 ff., 38, 99, 123, 162, 172, 198, 209, 243, 268
Klagehäufung	230, 276, 350, 370, 420	Prozeßhandlung	29, 39 ff., 57, 59 ff., 109, 123, 241, 254, 287
Konstituierung	30 ff.		
- Beendigung des Amtes des Schiedsgerichts	74 ff.	Rechtliches Gehör	27 f., 76, 346 f., 369
- Beendigung des Schiedsrichteramts	62 ff.	Rechtsbehelfe	87 ff.
- Benennung	55 ff.	- gerichtliche	88 ff.
- Bestellung	36 ff.	- nichtgerichtliche	96 ff.
- Bildung des Schiedsgerichts	67		
- Ernennung	58 ff.	Schiedsgerichtliche Verfahrensgrundsätze	23 ff.
- schiedsgerichtsbezogene Etappen	66 ff.	Schiedsgerichtliches Ablehnungsverfahren nach § 1037	
- schiedsrichterbezogene Etappen	35 ff.	Abs. 2	325 ff.
- Zusammensetzung des Schiedsgerichts	68 ff.	- Entscheidung	354 ff.
Konstituierungsgrundsätze	6 ff.	- Kosten	326
- schiedsgerichtliche Verfahrensgrundsätze	23 ff.	- Verfahrensfragen	326 ff.
- Verfahrensherrschaft der Parteien	8 ff.	Schiedsrichter in eigener Sache	76, 102 ff., 149, 197, 355, 384, 422
Konstituierungshindernisse	99 ff.	Schiedsrichterablehnung	325 ff., 359 ff.
- Abgrenzung Bestellungskriterien	124 ff.	Schiedsrichteramt	6, 11, 13, 31 f., 34, 75 f., 81 ff., 100 f., 170 f.
- faktische Hindernisse	154 f.		
- schiedsgerichtsbezogenes Konstituierungsübergewicht	131 ff.	- Annahme	54, 58 ff., 70, 109, 336 f., 339
- schiedsrichterbezogene Verbote	100 ff.	- Antragen	205 f., 213
- verbotene Verfahrensregelungen	156 ff.	- Beendigung	13, 62 ff., 123 f., 256, 266, 275 ff., 279 ff., 316, 341 ff., 373, 418 f.
Konstituierungsübergewicht	131 ff.		
- benachteiligendes Übergewicht	135 f.	- entgegenstehendes öffentliches Interesse	116 ff., 126
- Fallgruppen	137 ff.	- Höchstpersönlichkeit	110
- qualitatives	139 ff.	- Kündigung	64, 207, 214, 275, 288, 296, 316, 321, 322, 323, 346,
- quantitatives	138		
- Rechtsfolgen	152 f.	Schiedsrichtervertrag	6, 52, 59, 61, 108, 120, 141, 187, 203, 207, 211
- subsidiäres	143 ff., 416	Schiedsvereinbarung	10, 71, 117, 227, 235, 268, 309 f., 394, 403
Kostenentscheidung nach Schiedsspruch	31, 75 f., 86	- konkludente Änderung	123
LCIA	98		
LCIA-Verfahrensordnung	57, 193, 224, 270, 280		
Nachbestellungsverfahren nach § 1039 Abs. 1	268 ff.		
Nachträgliche Befangenheitsgründe	341 ff., 387 ff.		
Nebentätigkeitsgenehmigung	116 ff., 337, 381, 384		
Neutralitätsgebot	166		
Normenhierarchie	15		



Schiedsvereinbarung		Vollstreckbarerklärung des	
- Tatbestandsmerkmal des § 1034		Schiedsspruchs	78, 151, 153, 159, 245, 386 f., 391
Abs. 2	132 ff.		
- Wirksamkeitsprüfung	242 ff., 273, 277, 312, 368	Vollstreckbarerklärungsverfahren nach §§ 1060 f.	81, 94, 349, 408 ff.
Sperrwirkung des § 1026	16, 21 f., 90, 94, 142, 148, 157, 162, 284, 386, 418	- für ausländische Schiedssprüche	412 f.
Spruchrichterprivileg	221	- für inländische Schiedssprüche	410 f.
Staatliche Richter als Schiedsrichter	61, 116 ff.	Vorbehalte des § 1056 Abs. 3	74 ff., 86, 217, 275, 291, 342, 370, 419
Strafrechtliche Verbote	100, 113 ff., 123, 128, 384, 386	- der Berichtigung, Auslegung, Ergänzung	31, 77 f., 86
Subsidiäres Übergewicht	143 ff., 416	- der Kostenentscheidung	31, 75 f., 86
Tatbestandsberichtigung	320	- der Zurückverweisung	31, 79, 86
Unmöglichkeit der Aufgabenerfüllung	124, 154, 157, 197, 256, 422	Weisungsrecht der Parteien	44, 168
Unparteilichkeit und Unabhängigkeit	106 f., 119, 162, 164 ff, 189 f., 196 f., 203 ff., 342, 345, 388, 392, 419, 421	Zulassung von Rechtsanwälten	29
Verbotene Verfahrensregelungen	156 ff.	Zurückverweisung an das Schiedsgericht	31, 79, 86
Verfahrensherrschaft der Parteien	8 ff.	Zusammensetzung des Schiedsgerichts	33, 68 ff., 85, 132, 135, 137 f., 145 f., 152, 190, 308 f., 313, 333 ff., 371, 415 f.
- personelle	9 ff., 38, 99, 123, 162, 172, 198, 209, 243, 268	- Definition	72
- verfahrensrechtliche	15 ff., 22, 38, 148, 156, 268, 332	- Fristbeginn im Ersetzungsverfahren	308
Verfahrensrechtliche Verfahrensherrschaft	15 ff., 22, 38, 148, 156, 268, 332		

---

---